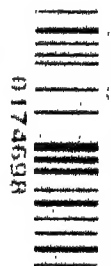


كتاب
بذل الصنيع
في
ترتيب الشرك

تأليف
الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
اللقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

مجلد ٥٥
عبد الرحمن البزاز
الرداء - مكة المكرمة



0174698

كتاب بدايع الصفا في تنبيه الشرايع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الجزء السابع

الطبعة الثانية

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب آداب القاضي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان فرضية نصب القاضي وفي بيان من يصلح للقضاء وفي بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفي بيان شرائط جواز القضاء وفي بيان آداب القضاء وفي بيان ما ينفذ من القضاء وما ينتقض منها اذا رفع الى قاض آخر وفي بيان ما يحلله القاضي وما لا يحلله وفي بيان حكم خطأ القاضي في القضاء وفي بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء (أما) الاول فنصب القاضي فرض لانه ينصب لا قامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى يادادانا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضي لا قامة الفرض فكان فرضا ضرورة ولان نصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرة لا لجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة اليه لتفديد الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم الا بامام لما علم في أصول الكلام ومعلوم انه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة فيبعث سيدنا معاذا رضي الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة فكان نصب القاضي من ضرورات نصب الامام فكان فرضا وقد سماه محمد فرضة محكمة لانه لا يحتمل النسخ لكونه من الاحكام التي عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلي لا يحتمل الانتساح والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد القذف لما قلنا في الشهادة فلا يجوز تقليد الجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود في القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهو لا يستلزم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة فلان لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لان المرأة من أهل الشهادات في الجملة الا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط التدب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضى بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذلك في القاضي لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالبطل من حيث لا يشعر به وقدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاء ثلاثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علماً فقتل بهما علم فهو في الجنة ورجل علم علماً فقتل بهما علم فهو في النار ورجل جهل فقتل بهما علم فهو في النار والآخر لوقد جاز عندنا لانه لا يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائز أفي نفسه فاسد المعنى في غيره والفساد المعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائر حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائر عندنا في حق الحكم كذا هذا وكذا العدة عندنا ليست بشرط جواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعي رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضياً عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهي أمانة الاموال والابضاع والنفس فلا يقوم بوفائها الا من كل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قد جاز التقليد في نفسه وصار قاضياً لان الفساد المعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء في نفسه لاسر (وأما) ترك الطلب فليس بشرط جواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بالاختلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغي أن يقلد لان الطالب يكون متهماً وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اننا لنولى امرئنا هذا من كان له طالبا وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا الاشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد عالماً بمعاشره الناس ومعاملتهم عدلاً ورعاً عفيفاً عن التهمة صائناً النفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضى الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكاماً من أهلهم وأهلها فكان الحكم من الحكام بمنزلة حكم القاضي المقلد الا انهما يفترقان في أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازماً (ومنها) أنه اذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضي ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان في البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك (أما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بأهسهم وقد واغبرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ رضي الله عنه الى اليمن قاضيا وبعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة قاضيا وقد النبي عليه الصلاة والسلام كثير من أصحابه رضي الله تعالى عنهم الاعمال وبعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم وقلدوا غيرهم فقلد سيدنا عمر رضي الله عنه شريحا للقضاء وقرره سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهما (وأما) جواز الترك فلم يروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يذري ذر رضي الله عنه إليك والامارة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تتأمرن على اثنين وروى أن أبا حنيفة رضي الله عنه عرض عليه القضاء فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب دخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول في هذا الوجه اختلفوا في أن القبول أفضل أم الترك قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يحجرى مجرى الزجر عن تقلد القضاء احتج الفريق الاخر بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان في البلد عدد يصلحون للقضاء فأما اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لا قائمة هذه العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لا بد من التقليد فاذا قلد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كإفى سائر فروض الا عيان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط القضاء فانواع بعضها يرجع الى القاضى وبعضها يرجع الى نفس القضاء وبعضها يرجع الى المقضى له وبعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فاذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء لان من لا يصلح قاضيا لا يجوز قضائه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فانواع منها أن يكون بحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتى لا راية فى جوابها عن السلف بان لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يحز لانه قضاء بالباطل قطعاً وكذا الوقضى فى موضع الخلاف بما كان خارجاً عن أقوال الفقهاء كلهم لم يحز لان الحق لا يعد وأقوالهم بالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعاً وكذا الوقضى بالاجتهاد فى نص ظاهر يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يحز قضاءه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعياً أو ظاهراً وأما فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لا يخلو (أما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (وأما) ان لم يكن من اهل الاجتهاد فان كان من اهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من اهل الاجتهاد والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهر اف كان غيره باطلا ظاهراً لان الحق فى المجتهدين واحد والمجتهد يخطئ ويصيب عند اهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعاً ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر افاقه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه افاقه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبى حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبى حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع الى أن كون أحد المجتهدين أفاقه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحاً من قال يصلح مرجحاً قال يسعه ومن قال

لا يصلح قال يسمه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفعه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفعه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لأن كونه أفعه يدل على أن اجتهاده اقرار الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح إن لم يصلح دليل الحكم بنفسه وأبداً يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل في حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم في أصول الفقه ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائل كذا هذا وإن أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه في ذلك وعمل به والافضل أن يشاور أهل الفقه في ذلك فإن اختلفوا في حكم الحادثة نظر في ذلك فأخذ بما يؤدي الى الحق ظاهراً وإن اختلفوا على رأي يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضاً لأن المجتهد مأثور بالعمل بما يؤدي اليه اجتهاده فخرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغي أن يجعل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فإذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدي اليه اجتهاده ولا يكون خائفاً في اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقول اني أرى واني أخاف لأن الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق وينع من الاجتهاد فينبغي أن يكون جريئاً جسوراً على الاجتهاد بعد أن لم يقصر في طلب الحق حتى لو قضى مجازاً لم يصح قضاؤه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وإن كان من أهل الاجتهاد إلا أنه إذا كان لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملاً لا من المسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد فاما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد فإن عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتد قوله حقاً على التقليد وإن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا وإن لم يكن في البلد الاقضية واحد من أصحابنا من قال يسمه أن يأخذ بقوله وزجواً لا يكون عليه شيء لأنه إذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مستترة الى الاخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذکر ان كنتم لاتعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه لأنه قضى بما هو باطل عنده في اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهداً فترك رأيه نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلاً فإنه لا ينفذ قضاؤه لأنه قضى بما هو باطل في اجتهاده كذا هذا ولو نسي القاضي مذهب فقضى بشيء على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر في شرح الطحاوي أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لأنه إذا لم يكن مجتهداً تبين أنه قضى بما لا يعتد به حقاً فتبين أنه وقع باطلاً كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر في أدب القاضي أنه يصح قضاؤه عند أبي حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضي مقصر لأنه يمكنه حفظ مذهب نفسه وإذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولا في حنيفة إن النسيان غالب خصوصاً عند تراحم الحوادث فكان معذوراً هذا إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فاما إذا كان من أهل الاجتهاد فينبغي أن يصح قضاؤه في الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر أن يبطله لأنه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح وإن قضى في حادثة وهي محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانياً فتحول رأيه بعمل بالرأي الثاني ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأي الاول لأن القضاء بالرأي الاول قضاء مجمع على جوازه لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضي أن يقضى في محل الاجتهاد وبما يؤدي اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقاً على صحته لاتفاق على صحة هذا الرأي الثاني فلا يجوز نقض الجمع عليه بالاختلاف ولهذا لا يجوز لقاضي آخر أن يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقض ولورفت اليه ثالثاً فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأي الثاني بالعمل بالرأي الاول كما لا يبطل قضاؤه الاول بالعمل بالرأي الثاني لما قلنا ولو أن فقيهاً قال لا مرأته أنت طالق البتة ومن رأيه أنه بائن فامضى رأيه فيما بينه وبين امرأته وعزم على

انها قد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول في حق هذه المرأة وتحرم عليه وانما يعمل برأيه الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها لان الاول رأى أمضاه بالا جتهاد وما مضى بالا جتهاد لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة في الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم عليه وكذلك في الفصل الثاني لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل النقض ما لم يتصل به الا مضاه واتصال المضاه بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال المضاه وكذلك الرجل اذا لم يكن قضيها فاستفتى قضيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى افتاه فقيه آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه في منكوحته لم يحجز له ان يترك ما أمضاه فيه ويرجع الى ما افتاه به الاول لان العمل بما مضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلداً لأن المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالا جتهاد ثم لم يحجز للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ما ذكرنا من نفاذ قضاء القاضي في محل الاجتهاد بما يؤدي اليه اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأي والاجتهاد وكان من أهل الرأي والاجتهاد ولكن لم يخالف رأيهما رأى القاضي فاما اذا كان من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأى القاضي فجملة الكلام فيه ان قضاء القاضي ينفذ على المقضى عليه في محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عامياً مقلداً أو قضيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأى القاضي بخلاف اما اذا كان مقلداً فظاهر لان العامي يلزمه تقليد المفتي فتقليد القاضي أولى وكذا اذا كان مجتهداً لأن القضاء في محل الاجتهاد بما يؤدي اليه اجتهاد القاضي قضاء مجمع على صحته على ما مر ولا معنى للصحة الا لنفاذ على المقضى عليه وبصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة ورأى القاضي انه بائن فرافعته المرأة الى القاضي فقضى بالبينونة ينفذ قضاءه بالاتفاق لما قلنا واما قضاؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وبصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه بائن ورأى القاضي انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضي فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند أبي يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ما ذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعاً ألا ترى انه لا يصح الابطال للمقضى له ولا أبي يوسف ان صحة القضاء نافذة في محل الاجتهاد يظهر أثره في حق المقضى عليه لا في حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور في القضاء عليه فاما المقضى له فيختار في القضاء له فلو اتبع رأى القاضي اتبعه تقليداً أو كونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحرير أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضي بما يخالف رأى المقضى عليه أو له فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا افتاه انسان في حادثة ثم رفعت الى القاضي فقضى بخلاف رأى المفتي فانه يأخذ بقضاء القاضي ويترك رأى المفتي لان رأى المفتي يصير متروكاً بقضاء القاضي فما ظنك بالمقلد ولم يذكر القدوري رحمه الله الخلاف في هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتي ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهر للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذباً هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصله أحبنا بئذ أو اقرار وكل ذلك دليل صدق المدعى في دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضي بعلم نفسه في الجملة فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يجوز انما ان قضى بعلم استفادته في زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذي قد قضاه واما ان قضى بعلم استفادته قبل زمان القضاء وفي غير مكانه واما ان قضى بعلم استفادته بعد زمان القضاء وفي غير مكانه فان قضى بعلم استفادته في زمن القضاء وفي مكانه بان سمع رجلاً أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلاً أو رآه يقتل انساناً وهو قاض في البلد الذي قد قضاها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به في الحدود والخالصة
بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن في السرقة يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعي فيه قولان في قول لا يجوز له أن يقضى به في
الكل وفي قول يجوز في الكل (وجه) قوله الأول أن القاضي مأثور بالقضاء بالينة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق
مأثوراً بالقضاء بالينة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثاني أن المقصود من الينة العلم بحكم
الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها لأن علمه لا يختلف (ولنا) أنه جاز له القضاء بالينة فيجوز
القضاء بعلمه بطريق الأولى وهذا لأن المقصود من الينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل
بالمعينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكثر الظن والحاصل بالحس
والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى إلا أنه لا يقضى به في الحدود والخالصة لأن الحدود
يحتاج في درتها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولأن الحجّة في وضع الشيء هي الينة التي تتكلم بها ومعنى
الينة وإن وجد فقد قامت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرك بالشبهات بخلاف القصاص فإنه
حق العبد وحقوق العباد لا يحتاج في إسقاطها وكذا حد القذف لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يستيطان بشبهة فوات
الصورة هذا إذا قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه فاما إذا قضى بعلم استفاده في غير زمن القضاء ومكانه أو في
زمان القضاء في غير مكانه وذلك قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاؤه فإنه لا يجوز عند أي حنيفة أصلاً وعندهما
يجوز فيها سوى الحدود والخالصة فاما في الحدود والخالصة فلا يجوز وجه قولهما أنه لما جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد في
زمن القضاء جاز له أن يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لأن العلم في الحالين على خد واحد إلا أن ههنا استخدام
العلم الذي كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء في المعنى إلا أنه لم يقض به في الحدود
الخالصة لتسكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر في الحدود والخالصة ولا تؤثر في حقوق العباد على ما مر ولا في
حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم بالحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه الينة القائمة
فيه والعلم الحاصل في غير زمان القضاء علم في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه الينة القائمة فيه وهذا لأن الأصل
في حجة القضاء هو الينة إلا أن غيرهما قد يلحق بها إذا كان في معناها والعلم بالحادث في زمان القضاء في معنى الينة يكون
حادثاً في وقت هو مكلف بالقضاء فكان في معنى الينة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في
وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن في معنى الينة فلم يحز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء
بكتاب القاضي فنقول لقبول الكتاب من القاضي شرائط منها الينة على أنه كتابه فتشهد الشهود على أن هذا كتاب
فلان القاضي ويذكر اسمه ونسبه لانه لا يعرف أنه كتابه بدونه ومنها أن يكون الكتاب محتوماً ويشهدوا على
أن هذا اختمه لصيانتة عن الخلل فيه ومنها أن يشهدوا بما في الكتاب بأن يقولوا أنه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم
وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وإن لم يشهدوا
بما في الكتاب وكذا إذا شهدوا بالكتاب وبما في جوفه تقبل وإن لم يشهدوا بالخاتم بأن قالوا لم يشهدنا على
الخاتم أو لم يكن الكتاب محتوماً أصلاً لا يبي يوسف أن المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضي المكتوب إليه
بأن هذا كتاب فلان القاضي وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما أن العلم بأنه كتاب فلان لا يحصل إلا بالعلم بما فيه ولا بد
من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها أن يكون بين القاضي المكتوب إليه وبين القاضي
الكتاب مسيرة سفر فإن كان دونه لم تقبل لأن القضاء بكتاب القاضي أمر جواز لحاجة الناس بطريق الرخصة لانه
قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عند خصم حاضر لكن جواز للضرورة ولا ضرورة فيادون مسيرة
السفر ومنها أن يكون في الدين والعين التي لا حاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة كاللور والعقار واما في
الاعيان التي تقع الحاجة إلى الإشارة إليها كمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البيعة عند قاضي بلده ان عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندى ان عبدا صفتة وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه وإلى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وابرأ كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحقة لمعموم البلوى به فلو لم يقبل لضاق الاعلى الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامه لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف يديتها وقلتها ولهما أن الشهادة لا تقبل الاعلى معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعى لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لانه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغى للقاضي المرسل اليه أن لا يهلك الكتاب الا بحضور من الخصم ليكون أبعده من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم أبيه وجده ونفذه مكتوب في الكتاب حتى لو نسبته الى أبيه ولم يذ كر اسم جده أو نسبته الى قبيلة كبنى تميم ونحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا وان يكون شيئا ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في الحدود لا يصح الا بذكر الحدود ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند فر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهد وعلى الحدود الاربع ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشروط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان يقضى به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولى مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البني لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يردده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكيته لله عز وجل فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضى له فأنواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يجز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كالايجوز فالقضاء للغائب أيضا لا يجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق المباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضى عليه فخصرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط

بشرط والمسئلة ذكرت في كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والأصل فيها كتاب سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نقاذله أس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يئس ضعيف من عدلك وفي رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعى واليمين على من أنكر الصلح جاز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ولا يمنعك قضاء قضيت به بالإس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التماس في الباطل الفهم الفهم في المختلج في صدرك مما لم يملك في القرآن العظيم والسنة ثم اعراف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعى أمداً ينتهي اليه فإذا حضر بينة أخذ بحجة والاوجب القضاء عليه وفي رواية وان عجز عنها استحللت عليه القضاء فان ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعلمي المسلمون عدول بعضهم على بعض الاحمد ودأ في قذف أو ظنيناً في ولاء أو قرابة أو محرر بأعليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفي رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شأنه الله عز وجل فإنه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصاً فظنك ثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزان رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضي فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة فافهم اذا اولى اليك ولان من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضي كلامهما يضيع الحق وذلك قوله رضي الله عنه فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نقاذله ومنها أن لا يكون قلقاً وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والقلق وهذا يدب الى السكون والتثبيت ومنها أن لا يكون ضجيراً عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضايق صدره لقوله رضي الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضي القاضي وهو غضبان ولا نه يدهشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعاً ولا عطشان ولا يمتثل لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتناء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضي وهو يمشي على الارض أو يسير على الدابة لان المشي والسير يشغلانه عن النظر والتأمل في كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضي وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح في التأمل والنظر ومنها أن يسوي بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان اليمين فضلاء على اليسار وقد روي أن عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما اختصما في حادثة الى زيد بن ثابت فألقى لسيدينا عمر رضي الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومي الى أحدهما بشيء دون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الا آخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر ويتهم القاضي به أيضاً ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدي لا يخلو اما أن يكون رجلاً كان يهدي اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدي اليه فان كان لا يهدي اليه فاما ان كان قريباله أو أجنبياً فان كان قريباله ينظر ان كان له خصومة في الحال فإنه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له في الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبياً

لا يقبل سواء كان له خصومة في الحال أو لا لأنه إن كان له خصومة في الحال كان بمعنى الرشوة وإن لم يكن فربما يكون له خصومة في الحال يأتي بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا إذا كان الرجل لا يهدي إليه قبل تقليد القضاء فاما إذا كان يهدي إليه فإن كان له في الحال خصومة لا تقبل لأنه يهتم فيه وإن كان لا خصومة له في الحال ينظر إن كان أهدي مثل ما كان يهدي أو أقل يقبل لأنه لا تهمة فيه وإن كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وإن قبل كان لبيت المال وإن لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها لا بأس به ومنها أن لا يحجب الدعوة الخاصة بأن كانوا خمسة أو عشرة لأنه لا يخلو من التهمة إلا إذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه وبين القاضي قرابة فلا بأس بأن يحضر إذا لم يكن له خصومة لا نعدام التهمة فإن عرف القاضي له خصومة لم يحضرها وأما الدعوة العامة فإن كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يخل له أن يحضرها لأنه لا يخل لغير القاضي اجابتهما فالتقاضي أولى وإن كانت سنة كولاية العرس والختان فإنه يحجبها لأنه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها أن لا يقبل أحد الخصمين حجته لأن فيه مكسرة قلب الآخر ولأن فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير أنه إن تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يقبل الشاهد بل يتركة يشهد بما عنده فإن أوجب الشرع قبوله قبله والارده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول أشهد بكذا وكذا وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لها بمجلس القضاء فيعجزه عن إقامة الحججة فكان التلقين تقويما للحجة ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضي يتهم بتلقين الشاهد فيخرج عنه ومنها أن لا يعيب بالشهود لأن ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها وإذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان فإن اختلفوا اختلفوا فيوجب رد الشهادة ردها ولا فلا ويشهد القاضي الجنابة لأن ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهما في اداء سنة فيحضرها إلا إذا اجتمعت الجنابة على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمور المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لأن القضاء فرض عين وصلاة الجنابة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى ويعود المريض أيضا لأن ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته ويسلم على الخصوم إذا دخلوا المحكمة لأن السلام من سنة الاسلام وكان شريحا يتسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم فاما إذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو فلا يسلم عليهم لأن السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأما هم فلا يسلمون عليه لأنهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لأنه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني في رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخراته لا ينبغي له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس إذا جلس للتدريس لا ينبغي لأحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الأمر إذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه وهو السنة وإن كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لأنهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضي فاما مجلس للعبادة لا للزيارة فلا يسلم عليه ولا يلزمه الجواب إن سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضي عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقضاة وإن لم يطمئن لخصم وهو من آداب القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله لأن القضاء بظاهر العدالة وإن كان جائزا عنده فلا شك أن القضاء بالعدل الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا إذا طعن الخصم عنده في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن أو لم يطمئن ثم القضية من السلف كانوا يسألون أنفسهم عن حال الشهود من أهل عتيتهم وأهل سوقهم وإن كان الشاهد سوقيا ممن هو أتي الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهر أو باطنا والقضاة في زماننا نصبوا للعدل تيسيرا للأمر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع إلى نفس العدل وبعضها يرجع إلى فعل

التعديل أما الأول فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان
التركية ان كانت تجري مجرى الشهادة فهو لا عيبوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التركية وان كانت من باب
الاخبار عن الديانات فخيرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة هؤلاء ومنها العدل لان من
لا يكون عدلا في نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكنه شرط
القبيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التركية في معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن
علم القاضي وهذا معنى الشهادة في شرط لها نصاب الشهادة ولهما أن التركية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط
فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيا يشترط فيه
لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيها وراه وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط
عندهما وعند شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما
فتصح تركية الاعمى والعبد والمخدود في القذف وعند محمد شرط فلا تصح تركيتهم لان التركية شهادة عنده
فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة
فليست بشرط لجواز التركية فتجوز تركية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم
وهذا ظاهر الرواية على أصلها لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهي من أهله وأما عند محمد فتقبل تركيتها فيها
تقبل شهادتها فتصح تركيتها فيها يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تركية الولد للوالد والوالد للولد وكل ذى رحم
محرم منه لانه لا حق للعدل في التعديل انما هو حق المدعى فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه
يجرى التعديل مجرى الشهادة وشهادة الولد للولد وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكى مشهودا عليه فان كان لم
تعتبر تركيته ويجب السؤال وهذا تقرع على مذهب أبي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على
أن المسئلة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان في زعم
المدعى والشهود أنه كاذب في انكاره فلا يصح تعديله وعند أبي حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق
المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فلم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر في كتاب التركية
أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصارع عن محمد وإيتان في رواية
لا تعتبر أصلاً وفي رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثاني الذي يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل
في التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان
عدلا في نفسه ولا تجوز شهادته كالحمدود في القذف اذا تاب وصلاح والعبد الصالح وكذلك اذا قال في الرد هو ليس
بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العدل وهو الفاسق تجوز شهادته اذا تجرى القاضي الصديق في شهادته
ولو قضى به القاضي نفذ ومنها أن يسأل المعدل في السر أو لا فان وجد عدلا يعدله في العلانية أيضاً ويجمع بين
المزكى والشهود بين المدعى والمدعى عليه في تعديل العلانية وان لم يجد عدلا يقول للمدعى زد في شهودك ولا
يكشف عن حال الجروح ستر على المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفاً من الاحتياال والتزوير بان يسمى غير العدل
باسم العدل فكان الادب هو التركية في العلانية بعد التركية في السر ولو اختلف المعدل لان فعده أحدهما وجرحه
الأخر سأل القاضي غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتركية وان جرحه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر
الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعده اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان
الجرح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبني الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح ويكتم
الفسق فكان قبول قول الجرح أولى كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجرح لان
الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل القه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجمله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم في الامر مع افتتاح باب الوحي فغيره أولى وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً أبعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لأصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبي بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما قولاً فاني فيما لم يوح الي مثلكما ولان المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبيلنا وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لكلا يضمن بماعنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغي ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يهتمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب في رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضي لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه شيء من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جواز وهو المسمى بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على رأس القاضي لتهديب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضي الله عنه اتخذ درة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون المحصوم ويقومون بين يديه اجلالاً له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق وهذا في زماننا فاما في زمان الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد فاذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالخصى وما كان ينقص ذلك من حرمة روى أنه لبس قميصاً فازدادت أكيامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعها وكان لا يكفهما أياماً وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فبان العلم وأهله فوقت الحاجة الى هذه التكاليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعي والمدعى عليه والشهود والكلام في عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام في عدد المزكي وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعاوى والبيانات والقرارات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغي أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالفقهاء والعقود والصالح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤذيها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضي قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالفقهاء فلانه يحتاج الى الاختصار والحدف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقهاء فان لم يكن فقهاً كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغي ان يبعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم في عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعى ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضاً بياضاً لانه لا يدري ان المدعى عليه يقرأ أو ينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعى شهود ويترك بين كل شاهدين بياضاً ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكاتب الكتاب ويختتمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان في شهر كذا في سنة كذا ويجعله في قطرة وينبغي ان يجعل لخصومات كل شهر قطرة على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدي عدلين وان بعث على يدي غدر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم
 الخصوم على مراتبهم في الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح ان سبق اليه وان اشتبه عليه خالهم
 استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته الا الغرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليه أو خاصم بعضهم بعضاً أو
 خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم في الخصومة على أهل المصر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال
 قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأساً ذهب وضاع حجة فتكون أنت الذي ضيعته نذب رضي الله عنه الى تقديم
 الغريب ونسبه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيرها في الخصومة تضييعاً لحقه الا اذا كانوا كثيراً بحيث
 يشتغل القاضي عن أهل المصر فيخلطهم بأهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على
 غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصلاة والسلام اكرموا الشهود فان الله يحبهم بالحقوق وليس من
 الاكرام حبسهم على باب القاضي وهذا اذا كان واحداً فان كانوا كثيراً أقرع بينهم وينبني أن يقدم الرجال على
 حدة والنساء على حدة لما في الخلط من خوف الفتنة ولورأى أن يجعل لمن يوماً على حدة لكثرة الخصوم فعل لان
 افرادهن بيوم استرهن ومنها أن لا يتعب نفسه في طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر في الحجج ويطول الجلوس
 يخل النظر فيها فلا ينبغي ان يفعل ذلك ويكفي الجلوس طرفي النهار وقدر ما لا يفتر عن النظر في الحجج واذا تقدم اليه
 الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر في أدب القاضي انه يسأل وذكر في الزيادات انه لا يسأل وكذا اذا
 ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر في أدب القاضي انه يسأل وذكر في الزيادات
 انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواي وجه ما ذكر في الزيادات أن السؤال عن الدعوى انشاء
 الخصومة والقاضي لا ينشئ الخصومة وجه ما ذكر في الكتاب ان من الجائز ان أحداً الخصمين يلحقه مهابة مجلس
 القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضي فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام البيينة فادعى المدعى عليه
 الدفع وقال لي بيينة حاضرة أمهله زماناً لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة اجعل للمدعى أمداً ينتهي
 اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استعالت عليه القضاء ولا نه لولم يمهله وقضى بيينة المدعى ر بما يحتاج
 الى قض قضائه لجواز ان يأتي بالدفع مؤخر افهوم من صيانة القضاء عن النقص ثم ذلك مفوض الى رأى القاضي
 ان شاء آخر الى آخر المجلس وان شاء الى العدو وان شاء الى بعد العدو ولا يزيد عليه لان الحق قد توجه عليه فلا يسمعه
 التأخير أكثر من ذلك وان أدى بيينة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء في أشهر المجالس
 ليكون أرفق بالناس وهل يقضى في المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بل
 يقضى في بيته وجه قوله ان القاضي يأتيه المشرك والخاص والنفساء والجنب ويجري بين الخصمين كلام اللغو
 والرفث والكذب لان أحدهما كاذب وتزويه المسجد عن هذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى
 الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقضى في المسجد
 وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب
 ولا بأس للقاضي ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خير فكان الرد الى
 الصلح رداً الى الخير وقال سيدنا عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم
 الضغائن فندب رضي الله عنه القضاء الى رد الخصوم الى الصلح ونسبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا
 يزيد على مرة أو مرتين فان اصطليحا والاقضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطع منهم الصلح لا يردم اليه بل
 ينفذ القضية فيهم لانه لا فائدة في الرد وهل للقاضي أن يأخذ الزرقان كان فقيراً له أن يأخذ لانه يعمل
 للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فكانت كفايته في بيت المال الآن يكون له ذلك أجرة عمله
 وينبني للإمام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع في أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عتاب بن أنسيد رضي الله عنه الى مكة وولاه أمرها رزقه أر بعمة درهم في كل عام وروى ان الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم أجر والسيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه كل يوم درهماً وثلاثاً وثلاثين من بيت المال وكذا روى انه كان لسيدنا عمر رضي الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا علي رضي الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضي الله عنه شريحاً وروى ان سيدنا علياً فرض له خمسمائة درهم في كل شهر وان كان غنياً اختلقوا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يأخذ لان الاخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له الى ذلك وقال بعضهم يحل له الاخذ والافضل له ان يأخذ اما الحل فلما بينا انه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الاجر واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجاً الى ذلك فربما يجيء به بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة ورسماً فتمتنع السلاطين عن ابطال رزق القضاة اليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الاخذ شجاعة بحق الغير فكان الافضل هو الاخذ وليس للقاضي ان يستخلف الا اذا أذن له الامام بذلك لانه يتصرف بالتفويض فيقتدر بقدر ما فوض اليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضاياه خليفته على اجازته بمنزلة الوكيل الخاص اذا وكل غيره فتصرف ولو كان الامام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفي آداب القضاء وما نذب القاضي الى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك ان شاء الله تعالى

فصل واما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر فنقول وبالله التوفيق قضاء القاضي الاول لا يخلو اما ان وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والاجماع واما ان وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فان وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الاجماع فان وافق قضاءه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لانه وقع صحيحاً قطعاً وان خالف شيئاً من ذلك يرد له لانه وقع باطلاً قطعاً وان وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلو اما ان كان مجمعاً على كونه مجتهداً فيه واما ان كان مختلفاً في كونه مجتهداً فيه فان كان ذلك مجمعاً على كونه محل الاجتهاد فاما ان كان المجتهد فيه هو المقضي به واما ان كان نفس القضاء فان كان المجتهد فيه هو المقضي به فرفع قضاؤه الى قاض آخر لم يرد له الثاني بل ينفذه لكونه قضاءً مجمعاً على صحته لما علم ان الناس على اختلافهم في المسئلة اتفقوا على ان للقاضي ان يقضي بأى الاقوال الذي مال اليه اجتهاده فكان قضاءً مجمعاً على صحته فلو نقضه انما ينقضه بقوله وفي صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صحح بالاتفاق بقول مختلف في صحته ولانه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي وصحة قضاء القاضي الاول ثبت بدليل قطعي وهو اجماعهم على جواز القضاء بماى وجهه انقض له فلا يجوز نقضه لانه لو جاز نقضه يرفع الى قاض آخر يرى خلاف رأى الاول فينقضه ثم يرفعه المدعى الى قاض آخر يرى خلاف رأى القاضي الثاني فينقض نقضه ويقضى كما قضى الاول فيؤدى الى ان لا تندفع الخصومة والمنازعة أبدًا والمنازعة سبب الفساد وما أدى الى الفساد فساداً فان كان رده القاضي الثاني فرفعه الى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الاول وأبطل قضاء القاضي الثاني لان قضاء الاول صحيح وقضاء الثاني باطل هذا اذا كان القاضي الاول قاضى أهل العدل فان كان قاضى أهل البنى فرفعت قضايها الى قاضى أهل العدل بان ظهر أهل العدل على المصر الذي كان في يد الخوارج فرفعت الى قاضى أهل العدل قضايها قاضيه لم ينفذ شيئاً منها بل ينقضها كلها وان كانوا من أهل القضاء والشهادة في الجملة كتباً وغيظاً لهم لينزجر واعن البنى وان كان نفس القضاء مجتهداً فيه انه يجوز له ان لا يقيموا قضاياه على السراة وقضى على الغائب انه يجوز للقاضي الثاني ان ينقض قضاء الاول اذا مال اجتهاده الى خلاف اجتهاد الاول لان قضاءه هنا لم يحز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقاً عليه فكان محتملاً للنقض بمثله بخلاف الفصل الاول لان جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقاً عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولان المسئلة اذا كانت مختلفاً فيها فالقاضي بالقضاء يقطع أحد الاختلافين ويجعله متفقاً عليه في الحكم بالقضاء المتفق على جوازه واذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا اذا كان القضاء في محل اجمعوا على كونه

محل الاجتهاد فاما اذا كان في محل اختلافوا انه محل الاجتهاد أم لا كبيع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضي أم لا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينفذ لا نه محل الاجتهاد عند همالا اختلاف الصحابة في جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عند همالا يرفع وعند ه يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهدا فيه فينظر ان كان من رأى القاضي الثاني انه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرد له لاذ كرنا في سائر المجتهدات المتفق عليها وان كان من رأيه انه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرد له لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفاً للاجماع فكان باطلاً ومن مشايخنا من فصل في المجتهدات تفصيلاً آخر فقال ان كان الاجتهاد شيئاً مستنكراً أجاز للقاضي الثاني ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغي ان لا يجوز للثاني نقض قضاء الاول لان قضاءه صادف محل الاجتهاد

فصل واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فلا يصل ان قضاء القاضي بشاهدي الزور في الولاية انشائه في الجملة فييد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية انشائه أصلاً لا يفسد الحل بالاجماع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفسد الحل فيهما جميعاً فتقول جملة الكلام فيه ان القاضي اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان قضى بمقتد أو بفسخ عقده واما ان قضى بملك مرسل فان قضى به قد أو بفسخ عقد قضاؤه فييد الحل عنده وعند ه لا يفسد ولقب المسئلة ان قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهره او باطنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالاجماع وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكن عند أبي حنيفة وعند ه لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضي بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعند ه لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفي الهبة عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول أنا أخت من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كذا أخبرت لا يحل لها التمكن وأجمعوا أيضاً على أنه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهي تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضي بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب في دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضاً ان يشتريها احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الى ولسل بعضهم الحن بحجته من بعض وانما أنا بشر فنقضت له من مال أخيه شيئاً بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام ان القضاء بما ليس للمدعى قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطناً لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة وهذه كاذبة يبين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولا يبيح حنيفة رضي الله عنه ان قضاء القاضي بما يحتمل الانشاء انشاء له فينفذ ظاهراً وباطناً كالأول انشاء صريحاً ودلالة الوصف ان القاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحل على الانشاء لان البيئته قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضي فان للقاضي ولاية انشاء في الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضي أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة بأسباب لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك في أخوين اختصا اليه في موارث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الادعواهما كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى و به تقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام في القضاء بسبب على انا نقول بوجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

فصل واما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول الاصل ان القاضي اذا أخطأ في قضائه بان ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين في قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصاً كالقطع في السرقة والزحف في زنا المحصن فان كان في حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورده على المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا نه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكاً بالضمان على المقضى له لان القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولا نه اذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه وان كان حقاً ليس بمال كالطلاق والعناق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه في بيت المال لانه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعته اليهم وهو انجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدي من بيت مالهم ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلا لأيضاً لانه عمل بأمر القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل واما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء فنقول وبالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان الا في شيء واحد وهو ان الموكل اذا مات أو خلع ينزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنزل قضائته ولا نه (ووجه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضاً وقد بطلت أهلية الولاية فينزل الوكيل والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم واما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول في سائر العقود والوكيل في النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين ولا يتهم بموت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضي أو الوالي ينزل بعزله ولا ينزل بموته لانه لا ينزل بعزل الخليفة أيضاً حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحة بهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضاً فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضي باذن الامام ثم مات القاضي لا ينزل خليفته لانه نائب الامام في الحقيقة لا نائب القاضي ولا ينزل بموت الخليفة أيضاً كما لا ينزل القاضي لما قلنا ولا يملك القاضي عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثاني لان الشاكي وكيال الموكل في الحقيقة لا وكياله كذا هبنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله ويكون ذلك أيضاً عزلاً من الخليفة لا من القاضي لان القاضي كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر في الوكالة وهل ينزل باخذ الرشوة في الحكم عندنا لا ينزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام ويعزله كذا ذكر في كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينزل وقالوا بحث الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم أنه ينزل واستدلوا بما ذكر في السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشبهة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام يعزله ويحضره فكان فينا قلنا حمل المحتمل على

الحكم فكان عملاً بالروايتين جميعاً فكان أولى وهذا عندنا وقال الشافعي عليه الرحمة ينزل وهو قول المعتزلة ولقب
المسئلة ان القاضي اذا فسق هل ينزل أو لا فعندنا لا ينزل وعند الشافعي ينزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على
أصلين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فيبطل أهلية القضاء وأصل الشافعي رحمه الله
ان العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق
فتبطل الأهلية والأصل عندنا أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست
بشرط أهلية الشهادة على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب القسمة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان أنواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة
لغة وشرعاً وفي بيان شرائط القسمة وفي بيان صفات القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض
القسمة بعد وجودها (أما) الأول فالقسمة في الملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الأعيان والثاني قسمة
المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسمة الأعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والاجماع (أما)
السنة فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام
الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير
نكير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفيراً على كل واحد مصداقاً بحكمها

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعاً أما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز
بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزأ آن قبل القسمة الا
وأحد هما ملك أحد الشريكين والاخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف مملوكاً لذلك
على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والجزاء المملوك لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في
نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكاً له وبعضها مملوكاً
لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة لمبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه بل يكون
بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما من القاضي رضاً من كل واحد منهما بزوال ملكه عن
نصف نصيبه بموض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوك له
افرازاً وتميزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الأجزاء المملوك لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة
في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا
هو حقيقة القسمة المعقولة في الملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازماً في كل قسمة شرعية الا أنه أعطى لها حكم
الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ
عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازاً حكاماً وهذا
المعنى لا يوجد في غير ذوات الامثال فان قيل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجبر فيها الجبر كالبائع
ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجبر فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق
الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفى المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وان كانت
معاوضة مع ما أن الجبر لا يجبر في المعاوضات المطلقة كالبائع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من
وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجبر فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدديات
المقاربات لانها لا تجوز بمجازة كما لا تجوز بيمينها مجازة لا اعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كونه مشتركاً بين

رجلين ثلاثون منه زديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأراد أن يقتسها فآخذ أحدهما ثلاثين والآخرة عشرة أنه لا يجوز لتكن الربا فيه لتحقيق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوباً أو شيئاً آخر جاز لأن الزيادة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبّل الزرع أنه لا يجوز قسمته لأن قسمته بطريق المجازفة ولا يجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الأموال الربوية وكذا الوأصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو وأصى بالبن في الضرع لهما لم يحز قسمته قبل الجز والحلب لأن الصوف والبن من الأموال الربوية فلا يحتمل أن القسمة مجازفة كما لا يحتمل أن البيع مجازفة وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لعدم معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كرحضة بمائة درهم فاقسماها فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مراححة على خمسين درهما ولو اشترى داراً بمائة درهم فاقسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مراححة على خمسين وإنما افترق النوعان في هذا الحكم لالا اعتبار معنى الإفراز في أحدهما والمبادلة في الآخر بل معنى آخر وهو أن المراححة بيع بمثل المذكور ثمن في الأول مع زيادة شيء وإنما يجوز البيع بمثل المذكور ثمن في الأول مع زيادة شيء فيما يحتمل الزيادة وما فيها لا يحتمل الزيادة فلا كما إذا اشترى كرحضة بكر حنطة لا يبيعه مراححة على السكر كما أنها بل أولى لأن ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة وإذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعاً في هذا الحكم لأنه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مراححة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لأن هناك يمكن البيع بالثمن الأول وهو ثمن القسمة وزيادة شيء بأن يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده ويرجع درهم مثلاً كما إذا اشترى داراً بدار أو اشترى كرحضة بثوب فامكن بيعه مراححة على الثمن الأول في الجملة فلم يحز بيعه مراححة على خمسين لأنه إذا باعه مراححة أو باعه من باعه بالنصف الذي في يده ويرجعه يارده لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع إلى القاسم وبعضها يرجع إلى المقسوم وبعضها يرجع إلى المقسوم له (أما) الذي يرجع إلى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز فانواع منها العقل فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الإسلام والدكورة والحرة ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بينهما أما الملك فالمعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضي وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة إلا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والأنثى والمسلم والذمي والحرة والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد والأصل فيه أن كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا وهو هؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذلك القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له ولاية القسمة في الجملة (وأما) وصي الأم ووصي الأخ والعمة فيقسم المنقول دون العقار لأن له ولاية بيع المنقول دون المتار وفي وصي المكاتب إذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه - وإيتان وهذا كله يقرر ما قلنا أن معنى المبادلة لازم في القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لعدم ولايته عليه وكذا لا يقسم الورثة عليه لعدم ولايتهم عليه لأن الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لعدم الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقسما هو غائب تقضت قسمتهم لكن هذا إذا كانت القسمة بالتراضي فإن

كانت بقضاء القاضى تنفذ ولا تنقض لما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة لأنه لو كان غير عدل خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضى لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولأنه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لأن ذلك أرفق بالمسلمين فإن لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم بأجر عليهم ولكن ينبغي للقاضى أن يقدر له أجره معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا قسماً آخر غير الذى نصبه القاضى لا يمنعه القاضى عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا قسماً لانه لو فعل ذلك لعمله لا يرضى الاجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة في تعديل الانصاء والتسوية بين السهام باقضى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم وينبغى أن لا يدع حقابن شر يكره غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغى أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانياً وينبغى أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولاً فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذى يليه هكذا ثم يقرع بينهم لان القرعة تتعلق بها حكم بل بتطبيب النفوس ولورود السنة بها ولأن ذلك أنقى للثمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذ قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الانصاء (وجهه) قولهما أن اجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجهه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تميز الانصاء والتميز عمل واحد لان تميز القليل من الكثير هو بعينه تميز الكثير من القليل والتفاوت في شئ واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لاتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذى يرجع الى المقسوم له فانواع (منها) أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهى التى يتولاها القاضى وقسمة رضا وهى التى يفعلها الشركاء بالتراضى وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفرق وقسمة جمع (أما) قسمة التفرق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذى تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (أما) أن يكون ممالاً ضرر في تبعيضه بالشركيين أصلاً بل لهما فيه منفعة (وأما) أن يكون ممالاً في تبعيضه مضرة فان كان ممالاً مضرة في تبعيضه أصلاً بل فيه منفعة للشركيين كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فتحوز قسمة التفرق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقيق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان ممالاً في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (أما) أن يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (وأما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرير والقوس والمصحف الكريم والقباء والحية والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجل والبقرة والشاة لان القسمة في هذه الاشياء قسمة اضرار بالشركيين جميعاً والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبرق قلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وترك البئر والقناة على الشركة (فأما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيوناً وآباراً قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان في قطعها ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فهما من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشياء بان يقسمها باثنين أو بثلاثهما لا يملك الاضرار بأقسامهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع ولا تجبرى

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله إذا اختصما فيه باع القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لأن الجبر على إزالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لأن القسمة تقع تحصيلاً لما شرعت له وهو تكيل منافع الملك فيجبر عليها وإن كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لأنها قسمة اضرار بالشريكين فلا يلزم القاضي إلا إذا كان لكل واحد منهما في نصيبه من الدار مفتوح من وجه آخر فيقسم أيضاً لأن القسمة في هذه الصورة لا تقع اضراراً ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وإن كان محال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه أو كان له موضع آخر يمكنه التسيل فيه يقسم وإن لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريق وعلى هذا إذا طلب أحدهما مفتاح الدار من غير رفع الطريق وأبى الآخر الارتفاع الطريق أنه إن كان لكل واحد منهما مفتاح آخر يفتحه في نصيبه قسم بينهما بغير رفع الطريق لأن ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة أوفر وإن لم يكن رفع بينهما طريقاً وقسم الباقي لأنه إذا لم يكن بينهما مفتاح كانت القسمة بغير طريق تقوية للمنفعة لا تكية لها فكانت اضراراً بهما وهذا لا يجوز إلا إذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيها لأن الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا إلى أدنى ما يكفي للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا إذا بنى رجلان في أرض رجل بأذنه وطلب أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب لم تقسم لأن الأرض المبني عليها بينهما شائع بالاعارة أو بالاجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل في بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة ولو اقتسما بالتراضي جازت وكذا لو هدمها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين في أرض مملوكة لهما طلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض فإن كان الزرع قد بلغ وسنبلا لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعاً لا يقسم أيضاً لأن المانع هو الربا وحرمة الرابح لا تحتل الارتقاء بالرضا وإن كان الزرع بطلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضاً لأن الأرض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما بأنفسهما وشرطا القطع جازت لأنهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لأن رقة الأرض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما في القسمة شرطاً لانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسداً للقسمة لأن فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الأرض مملوكة لهما وكانت في أيديهما بالاعارة أو بالاجارة والزرع بطل لا تقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ذكرنا وكذلك طاع بين رجلين طلب أحدهما قسمة الطلع دون النخل والأرض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ولو اقتسما بالتراضي فإن شرطا القطع جاز وإن شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا في الزرع ولو تركه بعد القسمة بأذن صاحبه فادرك وقيل فالفضل له طيب لأنه وإن حصل في ملك مشترك لكنه حصل بأذن شريكه فلا يكون خبيثاً وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصديق هذا إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر بأحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولا أحدهما فيها شقص قليل فإن طلب صاحب الكثير القسمة قسمتاً جماعاً لأن القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكيل منافع الملك وفي حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه إذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلة نصيبه فكانت القسمة في حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وإن طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكرنا الحالك الجليل في مختصره أنه يقسم وذكرنا القدرى رحمه الله أنه لا يقسم (وجهه) ما ذكره الحالك أنه لا ضرر في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل فيه منفعة فكان في الأباة متمتعاً فلا يعتبر أباه وصاحب القليل قد

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن في تبعيضه ضرر باحدهما أصلاً بخلاف الفصل الاول لان هناك تقع القسمة اضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والتأذى لا يملك الجبر على الاضرار فهو الفرق (وجه) ما ذكره القدوري رحمه الله ان صاحب القليل تمتعت في طلب القسمة لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قدرضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلاً فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شرى يكون قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع غير طريق شرطه في القسمة فان كان له فيها أصابه مفتيح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيها أصابه مفتيح أصلاً فان ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لانهما قسمة اضرار في حق أحد الشرى يكون وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرطاً لحدهما وقع المسيل في نصيب الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها في جنسين لانها في الاجناس المختلفة تقع اضراراً في حق أحدهما فلا يجبر عليها على ما سئد ذكر ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهي ان يجمع نصيب كل واحد من الشرى يكون في عين على حدة وانما جائزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكيل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تقويتا للمنفعة لا تكيلها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف في الامثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيهما من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كاهر وية وكذلك الابل والبقر والغنم لان التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم ويخير بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللاكى والمنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذلك لا خلاف في انه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون والمذرع والعددي قسمة جمع كالخطة والشعر والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والمروية وكذلك اللاكى واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبرذون وجمال وبقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقيص ووسادة وبساط لان هذه الاشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم او دنانير لا يسيل الى الاول لان فيه ضرر باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ولا يسيل الى الثانى لان ذلك قسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدراهم ولو اقتسما بانفسهما أو تراصيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما بين مختلفي القيمة وزاد مع الاكس دراهم مسماة جاز وكذا في بهائم المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذلك الاواني سواء اختلفت أصولها أو اتحدت لانها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاواني الصغار واحداً بآثنين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعندهما يقسم (وجه) قولهما ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبي حنيفة انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا اننا لو قسمنا هار قاباً باعتبار أعيانها فقد اضرنا باحدهما التفاحش التفاوت بين عبد وعبد في المعاني المطلوبة من هذا الجنس فكانا في حكم جنسين مختلفين ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة والحلية من شرائط صحة التصرف فصح ما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره في كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً
 فيجعل تبعاً لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان في البيع تبعاً
 للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا يجوز
 وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعاً للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند
 أبي حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدة سواء كانتا منفصلتين أو
 متلاصقتين وعندهما ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعديل في الجمع جمع وان كان الاعديل في التفريق فرق وكذا
 لو كان بينهما أرضان أو كرمان فهو على الاختلاف وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصليين كانا أو منفصلين
 وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان في دار واحدة فعلي الخلاف وجه قولهما ان الدور وكلها جنس واحد
 والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى رأي القاضي ان رأى الاعديل في التفريق فرق
 وان رأى الاعديل في الجمع جمع (ولابي) حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها
 ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لا اختلاف الدور في نفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا
 في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفاً في غير محله فلا يصح ولو اقسما بانفسهما أو بالقاضي
 براضيهما جازاً ما روي والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل
 واحد على حدة لا اختلاف الجنس ومنها الطلب في أحد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب
 من أحد من الشركاء أصلاً لم تجز القسمة لان القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من
 غير إذنه محظور في الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم انه في استيفاء هذه الشركة
 ضرراً اذا لو كان الطلب لتكامل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار بانه اذا ابى القسمة علم انه لا يمتنع
 في دفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره الشفعة
 فان الشفيع يملك الدار على المشتري بالشفعة من غير رضادفع الضرر لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره
 فالشرع دفع ضرره عنه بأبواب حق التملك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا في أحد نوعي
 القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضامن يقوم مقامهم اذا لم يكونوا
 من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقسموا فالقسمة
 باطلاً لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملك البيع الا بالتراضي فكذا القسمة
 الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي اذا كان في القسمة منفعة لهم لانها يملكان
 البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون رضا الولي أو الوصي فان لم يكن نصب
 القاضي عن الصغير وصياً واقتسموا برضاه فان أي ترافعوا الى القاضي حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من
 يقوم مقامهم في نوعي القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلاً ولا تقسم القاضي أيضاً اذا لم يكن عنه
 خصم حاضر ولكنه لو قسم لا تنقص قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فلا ينعض ومنها البيعة في قسمة القضاء في
 الاقرار بميراث الاقرار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام
 في بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضي وهم عقلاء بالغون أجمعاء في أيديهم مال فاقروا انه ملكهم
 وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلف في الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقرروا بالملك مطلقاً عن ذكر سبب
 واما ان يقرروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذي
 في أيديهم منقولاً واما ان يكون عقاراً فان أقرروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر في الاشهاد
 في كتاب الصك اني قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البيعة على أصل الملك منقولاً

كان المال أو عقاراً اذا لم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحد اليه فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم في هذا الموضع لا يصلحون خصماً عن الغائب وان أقر وبالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البيينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضران اثنين كبيرين أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصي وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البيينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم ويشهد على ذلك في الصك (وجه) قولهما أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالأثر من غير منازع فصادت القسمة محلها فيقسم ويكتب انه قسم باقرارهم كافي المنقول ولان البيينة إنما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البيينة (وجه) قول أبي حنيفة ان هذه قسمة صادت حق الميت بالابطال فلا تصح الابيينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدارق قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فأنمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفاً على ملكه بالابطال فلا يجوز الابيينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هي حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا يملك الابيينة وأما قولهما لا منكر ههنا فعلى من تقام البيينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مقيرين وذلك جائز كالأب أو الوصي اذا أقر أعلى الصغير لا يصح اقراره الابالبيينة ولا منكر ههنا كذا هذا هذا اذا أقر وبالملك بسبب الارث فان أقر وابه بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولاً قسم بينهم باقرارهم بلا خلاف وان كان عقاراً ذكر في ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البيينة على الشراء من فلان وافرقت بين الشراء وبين الميراث وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يقسم الابالبيينة كال ميراث (وجه) هذه الرواية انهم لما أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البيينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء وبين الميراث ان امتناع القسمة في الميراث بنفس الاقرار لا يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم في باب البيع اذ لا حق باق للبايع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادت محلها فصحت هذا اذا لم يكن في الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فأقر وبال ميراث فلا يشكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدار في يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا ويضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض وينصب عن الصغير وصيا وان كانت الدار في يد الغائب الكبير أو في يد الحاضر الصغير أو في أيديهما منها شيء لا يقسم حتى تقوم البيينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان في يده من الدار شيء فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الابيينة هذا اذا لم تقم البيينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البيينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضران اثنين فصاعد والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم ويعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيله يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شرير كان وشريك غائب أنه لا يقسم (وجه) الفرق ما ذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فياله وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب ويرد عليه فاذا كان الحاضران اثنين فصاعداً أمكن ان يجعل أحدهما خصماً عن الميت في القضاء عليه والآ خر مقتضياً له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحد أو الباقون غيباً لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصماً عن الميت حتى تسمع البيينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد في زمان واحد بمجهة واحدة مقضياً له وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المنقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالبينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فمزل نصيبه ووضع على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقر أو أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبينة على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر أنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصي له بالثلث القسمة بعدما أقام البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصي له بمنزلة واحدة من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكانه حاضر اثنان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقيون غيباً كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالاً للمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم يحجز القسمة لاسنذكره ان شاء الله تعالى

فصل وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكاً للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا يجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصبا ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحققت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصبح ولو استحق شيء منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كذا واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصبح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصيبين اقتسماها فاخذ أحدهما ثلثا من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتها مساوية بان كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائع لملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصبح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعاً تستأنف القسمة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكه في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصبح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعاً وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في يده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصبح في القدر المستحق لافها وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لافي ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعاً لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلا وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو يرجع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذا الشركة في الاغيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يفرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصيبين (وجهه) قول أبي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصبح أصلا

وان البيع كان فاسداً فيضمن نصف قيمة ما باع شر يملكه ثم يقسمان الباقي نصفين (وجه) قوله ما ذكرنا في المسئلة المقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لما نفع وهو البيع فيرجع على صاحبه ربع ما في يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسائل المتقدمة بل أولى لأن الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شر يكاملهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لأن الاستحقاق أوجب انتفاض المعقود عليه والانتفاض في الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه ربع ما في يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل ما في يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا ما شاة بين رجلين اقتسما هاهنا فآخذ أحدهما أربعين تساوى خمسة درهم وأخذ الآخر ستين تساوى خمسة درهم فاستحققت شاة من الأربعين تساوى عشرة دراهم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيها وراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة هنا أصلاً فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شر يملكه بحقه وهو خمسة دراهم لأن المستحق من النصيبين جميعا عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كحظية بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون ردىء فاقسماه فآخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة وثوباً وأخذ الآخر ثلاثين رديئاً حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحقاها والقياس ما ذكره في الزوائد انه يرجع عليه ثلث الثوب وثلث الطعام الجيد وجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شاة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شاة في الثلاثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصصة الثوب فنعم هذا هو الحقيقة الا أننا لو عملنا بهذه الحقيقة لا حجتنا الى نقض القسمة واعادتها ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هي من حصصة الثوب لم يحجج الى ذلك وتصرف الماقل تجب صيانتها عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشئ من قيمة البناء والغرس والا صل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضى أو باختيار الشرى يكون على الوجه الذى يجبرهما القاضى لو ترافا اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض وقلع لا يرجع بشئ من ذلك على صاحبه لأن صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضى فيكون مضافاً الى القاضى أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضى فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بانفسهما لأن ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضى عند المرافعة اليه واذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفع إذا أخذ العاقر من المشتري بالشفعة وبنى فيه أو غرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لانه ماملوكه باختياره بل أخذ منه جبراً وكذلك قال محمد في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذى أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبراً وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم ماتت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحققت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختاراً في أخذ القيمة من الغاصب فكان ضماناً للسلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فآخذ كل واحد منهما أحدهما وبنى فيها ثم استحققت رجوع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة لأن القاضى لا يجبر على قسمة الجمع في الدور والعقارات فاذا اقتسما بانفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فإذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع وأما
عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبهه استحقاق
النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدرى عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضي انما يجبر
على قسمة الجمع ههنا عندهما اذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضي اذا فعل بأقسامهما ولو كانتا
جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحققت رجوع على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة لان
القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما براضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا وأما عندهما فينبغي أن لا يرجع
كذا ذكره القدرى عليه الرحمة وفرق بين الرقيق وبين الدور وبينهما فرق لان القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا
ولكنه يراعى الاعدال في ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة من
صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا أو فيها كنيف شارع على
الطريق أو ظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقة الارض ليست
بمملوكة لا حديد بل هي حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له في السكة مسلكا
فأشبهه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في وأما مصفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهي أن تقع تعدلا للانصباء من غير زيادة
على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات
على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا افراز نصيبه بكامله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد على هذا
اذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق
بكامله ولو ادعى أحد الشرىكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما
ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لان الاقرار
باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكامله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكامله فيتناقض وان كان لم يقر
باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد سحقت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان أقام
الينة أعيدت القسمة لقلنا وان لم تقم له بينة وانكر شريكه فأراد استخلاصه حلقه على ما ادعى من الغلط لانه يدعى
عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه
ثم ادعى أحدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل الينة على الغلط فان أقام الينة والا فيحلف شريكه
ان شاء لما قلنا فان حلف أحد الشرىكين ونكل الآخر فان كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعى وبين نصيب
النالك فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في
حق الشريك الخالف فلم تصبح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض
في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسما فآخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى
أحدهما الغلط في القسمة وأقام الينة على ذلك فأنقصة باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن
يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى وبنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من داره لا يجوز زعنده وعندهما
جائز وجه البناء ان قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائرة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما في نوعي القسمة
لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ
كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه انه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقام جميعا
الينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفوا ورادا وكذا لو اختلفا في الحدود فدعى
كل واحد منهما احدا في يد صاحبه أنه أصابه وأقام الينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لان كل

واحد منهما عما في يد صاحبه خارج وان قامت لاحدهما يدعة يقضى بينهما وان لم تقم لهما يدعة تحالفا وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف أم يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه على ما عرف في البيوع ولو اقسّم رجلان اقرحة فآخذ أحدهما قراحين والآخر أربعاً ثم ادعى صاحب القراحين أن أحد الأقرحة الاربع أصابه في قسمته وأقام البيعة قضى له به لما قلنا وكذلك هذا في أثواب اقسّمها فآخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد الأثواب الذي في يد صاحبه أصابه في قسمته وأقام البيعة قضى له به ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوباً بما في يده أنه أصابه في قسمته وأقام البيعة قضى لكل واحد منهما بما في يده الا خزان كل واحد منهما عما في يد صاحبه خارج ولو اقسّم مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الآخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب الاوكس الغلط في القسمة أو الخطأ في التقويم لم تقبل منه الا بيعة ولو قال أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وهذه الخمسة في قسمته وأنكر الآخر تحالفاً ولو أقام كل واحد منهما البيعة ردت القسمة ولو قال أحدهما لصاحبه أخذت أنت إحدى وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أخذت الا خمسين فاقول قوله مع يمينه لأنه منكر لا ستيفاء الزيادة على حقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج قسمة عرصة الدار بالذرع أنه يحسب في القسمة كل ذراعين من العلو بذراع من السفلى عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحسب ذراع من السفلى بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع زعم كل واحد منهما ان التعديل فيما يقوله والخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف مبنى على الخلاف في مسئلة أخرى وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبني على العلو من غير رضا صاحب السفلى وان لم يضر بصاحب السفلى من حيث الظاهر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف له أن يبني ان لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو اذا ملك البناء على عوله عند أبي حنيفة رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فحسب للسفلى منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه وكذا السفلى كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه فأما العلو فلا يصلح الا للسكنى خاصة فكان للسفلى منفعتان وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف للمالك صاحب العلو ان يبني على عوله كانت له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفلى في المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذرع وأما محمد فاعتبر القيمة لان أحوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفلى على العلو ومنهم يختار العلو على السفلى فكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل في المسئلة على قول محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوي رحمه الله ويحتمل أن أبا حنيفة إنما فضل السفلى على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفلى على العلو وأبو يوسف إنما سوى بينهما على عادة أهل بغداد لاستواء العلو والسفلى عندهم فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه ومحمد بن القنوي على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهما من حيث الصورة لا من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم وبيان ذلك في سفلى بن رجاء بن علو من بيت آخر بينهما أراد اقسّمهما يقسم البناء على القيمة بلا خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما بيت تام علو وسفلى وعلو من بيت آخر فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من السفلى والعلو بنصف من السفلى وذراع من سفلى البيت بذراع من السفلى الآخر وذراع من عوله بنصف ذراع من السفلى الآخر وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفلى والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسم داراً وفضلاً بعضها على بعض بالدرهم أو الدينار

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لأنها وقعت عادلة من حيث المعنى لأن الدار قد يفضل بعضها على بعض
 بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصورة تعدى لاً من حيث المعنى ولوم يسمي قيمة فضل البناء وقت
 القسمة جازت القسمة استحساناً وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسميها في القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لأن
 هذه قسمة بعض الدار دون بعض لأن العرصة مع البناء بمنزلة شيء واحد وقيمة البناء بالقيمة فإذا وجدت القسمة
 مجبولة فوقت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وإنما غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد سحت
 بوقوعها في محلها وهو الملك ولا حاجة لها إلا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجبت على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وإن
 لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الأصل تخرج أيضاً قسمة الجمع في الاجناس المختلفة
 أنها غير جائزة جبراً بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء إلا بالقيمة وإنما ليست محل القسمة على ما مر ولا يجوز في الرقيق
 والدور عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها في حكم الاجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم الا ولاد في
 بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسم بالعيب في نوعي القسمة لأنه إذا ظهر به عيب فقد ظهر أنها وقعت
 جائزة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما في البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع الا
 أن في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعاً فيرجع
 بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة الرضا لأن القسمة فيها معنى
 المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما في البيع ولا يثبت في
 قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لأنه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لا جبره القاضي ثانياً فلا يفيد والله
 سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة
 مبادلة من وجه فلا تحتل الشفعة ولا نهال وجبت لا يخلو ما أن تجب للشريك أو للتجار لا سبيل الى الاول لأن الشفعة
 تجب لغير البائع والمشتري ولا سبيل الى الثاني لأن الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب
 عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستتضر
 الاخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف رايي الحاكم والقذورى رحمهما الله وقد ذكرناه
 والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها لزوم بعد تمامها في النوعين جميعاً حتى لا يحتل الرجوع عنها اذا تمت وأما قبل التام
 فكذلك في أحد نوعي القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الاخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار اذا
 كانت مشتركة بين قوم فقسما القاضي أو الشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا
 اذا خرج الكل الاسهم واحداً لأن ذلك خروج السهام كلها الكون ذلك السهم متعيناً بقى من الشركاء وان خرج
 بعض السهام دون البعض فكذلك في قسمة القضاء لأنه لو رجع أحدهم لا جبره القاضي على القسمة ثانياً فلا يفيد
 رجوعه وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لأن قسمة التراضي لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل
 من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم القسمة فنقول والله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسم عيناً نصراً فيه
 فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع في نصيب أحد الشرىكين ساحة لا بناء فيها
 ووقع البناء في نصيب الاخر فلصاحب الساحة ان يبني في ساحتها وله ان يرفع بناءه وليس لصاحب البناء ان يمنع
 وان كان يفسد عليه الريح والشمس لانه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له ان يبني في ساحتها مخرجا أو
 تنورا أو حماماً أو رحي لما قلنا وكذا له ان يقعد في بنائه حداً أو أقصراً أو ان كان يتأذى به جاره لما قلنا وله ان يفتح باباً
 أو كوة لئلا ذكرنا ألا ترى ان له ان يرفع الجدار أصلاً ففتح الباب والكوة أولى وله ان يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو
 كرباساً وان كان يهين بذلك حائط جاره ولو طلب جاره نحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لا يضمن لانه لا صنع منه في ملك الغير والاصل ان لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى اعبدا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالامر بالاحسان اليه فلو لا يحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ورجل فيهما طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان في ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق ويتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا الطريق بينهم أثلاثا وان كانت الرقبة لشريكي الدار ولصاحب الطريق حق المرور حتى القدوري عن الكرخي رحمه الله ان لشيء لصاحب الطريق من الثمن ويكون الثمن كله للشريكين وروى محمدان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة و يضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصية بغير طريق وينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيهما طريق (وجه) ما حكى عن الكرخي رحمه الله ان حق المرور لا يحتل البيع مقصودا بل يحتمله تبعاً للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يحجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلاً فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتل البيع مقصودا بل يحتمله تبعاً للرقبة وهما ما بيع مقصودا بل تبعاً للرقبة فيقابلها الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيما مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق وكذلك لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف في ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل داراً من وراء المنزل وفتح باباً الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحداً فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذي في الدار الاولى لان له حق المرور في هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر في الطريق الذي في الدار الاولى لانه لا حق له في هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة له ذلك ولا يسع لاهل السكة منعهم لان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلاً فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولا حد القسيمين عليه جذوع الحائط الا خرفان شرطوا قطع الجذوع في القسمة قطعت يقول النبي عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا ترك على حالها لان الترك وان كان ضرراً لکنهم لم يشترطوا القطع في القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روضنا وقع لصاحب العلو شرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفلى ان يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا ولو كان لاهل حائط خشب على حائط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكف قلعها وان كان لا يمكن كلف القلع لانه اذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقي شاغلاً هو لصاحبه بغير حق فيكف قطعها ولو كان لاهل حائط شجرة أغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع ذكر ابن سماعه رحمه الله انه لا تقطع لان في القطع ضرراً لصاحبها وذاكر ابن رستم رحمه الله انه تقطع كما يقطع اطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق في الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم استوتوا في اليد لاستوائهم في المرور فيه الا ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالينة دار لرجل وفيها طريق بينه وبين

رجل فأت صاحب الدار فاقسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤس لأن الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم ولو لم يعرف أن الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤس لاستوائهم في اليد على مامر والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم وبيان ذلك أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون للميت مال آخر سواء وإما أن لم يكن فإن لم يكن له مال سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن لأن الدين مقدم على الارث قليلاً كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها إلا من حيث الصورة بل هي ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى وإذا لم يكن محيطاً بالتركة فلك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فإن لم يكن للميت مال آخر سواء يجعل الدين فيه وتمضي القسمة لأن القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة إذا قضوا الدين من مال أنفسهم لا تنقض لأن حق الورثة كان متعلقاً بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأن أنفسهم صورة ومعنى فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم بصورة ومعنى فتبين أنها وقعت صحيحة فلا تنقض وكذلك إذا أبرأ الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالأبراء وكذلك إذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته أبرأ من الدين لأن حق الغير يتعلق بمعنى التركة وهو ما يتيها بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة إقراراً منه لأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضاً في دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت قسمتهم لأن الموصى له يرى أن الورثة لا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشراكة بينهم ولو اقتسموا وبيعة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا وهذا إذا كانت القسمة بالراضى فإن كانت بقضاء القاضى لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضى إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض (ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضاً في الدعوى إذا تصح قسمتهم الميراث ثم موصى له فكان إقدامه على القسمة إقراراً منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الاب لأنه لا يملك إبطال حقه وكذلك لو ادعى بعض الورثة أن أخاله من أبيه وأمه وورث أباه معهم وأنه مات بعد موت الاب وورثه هذا المدعى وجحد بالاقون ذلك فأقام المدعى البينة لا تقبل بينته لأنه هنا قضى في دعواه لدلالة إقراره بانعدام وارث آخر بإقدامه على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الإقدام على القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقر أحدهما بيت من الرجل وأنكر الآخر يصح إقراره لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لأن هذا الإقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف وإذا لم يتعلق بالعين

لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار ويجير على القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع في نصيب شريك يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت ويضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالوا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكاهل حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة وأربعون للمقر له لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون للمقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجهه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادق بحال معينا مشتركاً بينه وبين غيره لان كل جزأين من الدار أحد هما له والاخر لصاحبه على الشيوع فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه وذلك بوجوب المقر له نصف ذرع البيت (وجهه) قولهما ان الاقرار بالمشاركة لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع حصة القسمة ولو يتعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الا ان يتعلق بالعين فان وقع المقر به في نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع في نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدلها من نصيبه وهو عام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيئاً يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينه وبين غيره أقر أنه لرجل وأنكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجير على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقراراً ببطله نصيباً لتصرف وصيانة لحق الغير بالتقدير الممكن كالاقرار بجذع في الدار والله تعالى أعلم

فصل في هذا الذي ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهي المسماة بالمهايات والكلام فيها في مواضع في بيان أنواع المهايات وما يجوز منها وما لا يجوز وفي بيان محل المهايات وفي بيان صفة المهايات وفي بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن يتهيأ في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طاقة منها يسكنها وأنه جائز لان المهايات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهيأ على أن يأخذ أحدهما السفلى والاخر العلوى جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة في هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بمنحها غير جائزة عندنا كاجازة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهيأ في دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالاجماع (أما) عند أبي يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجمع في عين الدور جائزة فكذا في المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين وبين المنفعة (وجهه) الفرق له ان الدور في حكم أجناس مختلفة لتفاوتها بين دار ودار في نفسها وبنائها وموضعها ولا يجوز قسمة الجمع في جنسين مختلفين على ما مر (وأما) التفاوت في المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهيأ في عيدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهما فلا أن قسمة الجمع في أعيان الرقيق جائزة وكذلك في منافعها (وجهه) الفرق لأبي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرناه في الدارين ولو تهيأ في عيدين فأخذ كل واحد منهما عبيداً بخدمته وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز (وجهه) ان طعام كل واحد من العبدن على الشريك جميعاً على المناصفة فاشترط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام ببعض وانها غير جائزة للجهالة (وجهه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لان مبنى الطعام على المساعدة في العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجرى في الكسوة من المضايقة ما لا يجرى في الطعام في العرف والمادة فكانت
الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى
أعلم (وأما) التهاؤ في الدواب بأن أخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط
الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز (وجه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في أعيان الدواب من
جنس واحد جائزة فكذلك قسمة المنافع ولا في حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه يجوز قسمة الجمع في أعيانها ولم
يجوز في منافعها (وجه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنهما في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل
ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يوجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة باختلاف
جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذلك في المنفعة بخلاف المهايئات في الدارين والعبدان
انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيها يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس
المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثاني وهو المهايئات بالزمان فهو ان يهايثا في بيت صغير على ان يسكنه هذا
يوما وهذا يوما أو في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره
سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع
الأخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس
وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الاعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الاعيان مالا
يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان يجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة
المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انها لو تهايثا في نخل أو شجرة بين شريكين على ان يأخذ كل واحد
منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايثا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا وينتفع بالباقي
لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والتمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهايثا في الاراضي
المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهما نصفها ويذرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه
وتعالى أعلم

فصل وأما صفة المهايئات فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم
بينهما وفسخ المهايئات لانها كالتلف عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة
شرعت لتسكيل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات اجبره
الحاكم على القسمة فكان عقدا جائزا فاحتمل التسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف
الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي للحال ثانيا فلا يفيد

فصل وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما في المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما
ان يستغل ما احب به بالمهايئات سواء شرط الاستغلال في العقد أولا وسواء تهايثا في دار واحدة أو دارين لان المنافع
بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتملك من غيره وبه تبين ان المهايئات في
هذا النوع ليست باعارة لان العارية لا تؤجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما
ذكرنا لکن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهايئة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى
والاستغلال مطلقة لان الحاجة الى ذكر الوقت لتبصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع مقدرة بمجموعة
بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايئة (وأما) المهايئة بالزمان قسمة مقدرة

بالزمان فلا تصير معلومة الابد كزمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشترط لم يملك فاما اذا شرط اذ كرا القدرى عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة في معنى الاعارة والعارية لا تؤثر وذ كرا الاصل ان التها يؤفى الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور في الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهاؤ الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتل التهاؤ حقيقة اذ هي عين والتهاؤ قسمة المنافع دون الاعيان والثاني انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا وصلت في يد أحد هما شار كه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكما ان المهايأة بالمسكان في الدارين اذا تهايا ثا ان يأخذ كل واحد منهما وأأخذ يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة في يد أحد هما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطالحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهاؤ اذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله وكذا التهاؤ يكون على شئ هو مقدم والتهاؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذى هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشار كه فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطالحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدورى عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بما بدأ به فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام في الحدود يقع في مواضع في بيان معنى الحد لغة وشرعا وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضى وفي بيان صفاتها وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان شرائط جواز اقامتها وفي بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفي بيان حكمها اذا اجتمعت وفي بيان حكم الحدود (أما) الاول لحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدا اذا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى عز شأنه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدور قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما بخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجزى فيه العفو والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلقا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلقا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل أما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسند كركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما هو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو الاحصان فلا حصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والا حصان في عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

جميعا والاصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة والوطء في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزنا في عرف الشرع فخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبي أو المجنون اذا وطئ امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طاوعته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم عليها الحد ولا خلاف في أن العاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا يخص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة وتسنيتهما في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها من نياها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي من نياها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة من نياها الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء في الدبر في الانثى أو الذكركر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والحد ان كان غير محصن لانه زنا بل لانه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التحض فكان في معنى الزنا فور ود النص بإيجاب الحد هناك يكون ورودها هنا دلالة ولا في حنيفة ما ذكرنا ان اللواط ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطء في قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لا طوم واما زنا ولا طو يقال فلان لوطي وفلان زاني فكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فنبت انه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المبين الذي يباح مثله بالزنا وكذا ليس في معناه في اشرع له الحد وهو الزنا جرحا لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الادعاء يدعوا اليه ولا داعي في جانب المحل أصلا وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن في معنى الزنا فور ود النص هناك ليس ورودها هنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضي الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد والثاني انه لا مجال للاجتهاد في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية وكذا وطء البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطء في قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطيء قيل انها تذبج ولا تؤكل ولا راية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه لم يجد واطيء البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكرهه لا يوجب الحد وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البني لا يوجب الحد حتى ان من زنا في دار الحرب أو دار البني ثم خرج اليها لا يقيم عليه الحد لان الزنا لم ينمق سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك الحرب المستأمن اذا زنا بمسلمة أو ذمية أو ذمي زنا بمسلمة مستأمنة لا حد على الحرب والحرية عندهما وعند أبي يوسف يحد ان وجه قوله انه لم يدخل دار الاسلام فقد اترم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصارت كالذمي ولهذا اقام عليه حد القذف كما يقام على الذمي ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الايمان من المسلمين فقد

الترم امامهم عن الايذاء بنفسه وظهر حكم الاسلام في حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد ويحد الذي بلا خلاف (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلاً يقع تبعاً فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التبع كالمطوعة للصبي والمجنون (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان فعل الحر بي حرام محض ألا ترى انه يؤخذ فكان زنا فكانت هي من نياها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه ويحد الذي لانه بالذمة والعهد التزم احكام الاسلام مطلقاً الا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والحرمه والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو ألى منها لا يوجب الحد وان كان حرماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبه والحرمه برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حرماً ما وعلم بالحرمه وكذلك وطء الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمه لان له في مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجهه وأحق الملك اقله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لا يليك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد على ايراث الشبهة وأحق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد مابق عليه درهم فكان مملوك المولى رقبه ومالك الرقبه يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان رقبه المأذون ملك المولى وملك الرقبه يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب وبل أولى لان كسب المأذون أقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فهنا أولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبهه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد ولا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء الجدا ب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولاداً أفضل منزلة الاب وكذلك الرجل من الفاتمين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لا حد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا تعقداً بسبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل ما من كل وجهه وأمن وجهه ولم يوجد قبل القسمة بل الوجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يميزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلف فهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة أو أمة بغير اذن مولاه أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الال في المحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبي حنيفة وان علم بالحرمه وعليه التزير وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح اذا وجد من الال مضافاً الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالاً أو حراماً وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمه والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرماً على التأبید أو كان تحريمه مجمعاً عليه يجب الحد وان لم يكن محرماً على التأبید أو كان تحريمه مختلفاً فيه لا يجب عليه (وجه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الى غير محله فيلغو ودليل عدم الحلية ان محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم والحارم محرمات على التأبید لقول الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الآية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها محل لي سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الال في المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبراً حقيقة اسقاطاً لما يدر بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحو ذلك ولا شك في وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على الحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله سبحانه وتعالى هو الذي خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الزوجين الذكر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجة واما المعقول فلان الانثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصيل وغيرها فكانت محل الحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوصل الا ان الشرع أخرجهما من ان تكون محلاً للنكاح شرعاً مع قيام الحلية حقيقة فقيام صورة العسقد والحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت أو نقول وجد ركن النكاح والاهلية والحلية على ما بينا الا انه فات شرط البصحة فكان نكاحاً فاسداً والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زناً بالاجماع وعلى هذا ينبغي ان يعمل فيقال هذا الوطء ليس بزناً فلا يوجب حد الزنا قياساً على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطئ جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها محل لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة الاشتباه وانما تعتبر في سبعة مواضع في جارية الاب وجارية الام وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثاً مادامت في العدة وأم الولد مادامت تعتمد منه والعبد اذا وطئ جارية مولاه والجارية المهرثة اذا وطئها المهرث في رواية كتاب الرهن وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه ام اذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينسبط في مال أبيه وزوجته ويتنفع به من غير استئذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية أبيه ومنكوحته من غير استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعاً أيضاً وهذا وان لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه لاسقاط ما يندري بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن شبهة فتمحض حراماً فيجب الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أو لا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه أو من وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليه الم يقر جميعاً انها قد علمتا بالحرمة لان الوطء يقوم بهما جميعاً فاذا تمكنت فيه شبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة وامان سوى الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطئ جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها محل لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينسبط بالانتفاع بماله أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا ظناً مستنداً الى دليل فلا يمتز وكذلك اذا وطئ جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطئ المطلقة ثلاثاً في العدة فلان النكاح قد زال في حق الجمل أصلاً لوجود المبطل للحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقي في حق القرائ والحرمة على الأزواج فقط فتمحض الوطء حراماً فكان زناً فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن المحل لانه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق القرائ وحرمة الأزواج فظن انه بقي في حق المحل أيضاً وهذا وان لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درأ ما يندري بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بانه لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضي الله عنه يقول في الكنايات انها راجع وطلاق الرجعي لا يزيل الملك فاختلافهم يورث شبهة ولو خالها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثاً وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم يتحقق شبهة فيجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة الثلاث وكذلك اذا وطئ أم ولدوهي تعتمد منه بأن أعتقها لان زوال الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت شبهة وأما العبد اذا وطئ جارية مولاه فان العبد ينسبط في مال مولاه عادة بالانتفاع فكان وطؤه مستنداً الى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن

الشبهة وأما المرتن اذا وطئ الجارية المهرونة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتن يد استيفاء الدين فصار المرتن مستوفيا الدين من الجارية يد أقد وطئ جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء في باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا في الجنس ولا بجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لاحد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فلك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحدون قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امراته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لاحد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لان النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما في اذ كرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لعنى آخر وهو ان وطئها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواء قلن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ أجنبية وقال ظننت انها امرأتى أو جاريتى أو شبهتها بامرأتى أو جاريتى يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بالعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لواعترنا هذا الظن في إسقاط الحد لم يتم حد الزنا في موضع ما اذ الزنا لا يعجز عن هذا القدر فيؤدى الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال لو قيل هذا ما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأته في بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتى عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من الحارم والاجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد بن رجل اعمى دعى امرأته فقال يا فلانة فاجبت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو اجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب وهي كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة ما لم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعنى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيراً لا يصدق على ذلك لا مكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر بن رجل أعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأته نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتى يد راعنه الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدراً (وجه) قول زفر انه ظن في موضع الظن اذا لظاها انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبي يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الاحصان فلا حصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهو ان يكونا جميعاً عاقلين بالغين حريين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيها شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول وما لم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل زوجته وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتيبة ثم أدركت الصبية وأفادت المجنونة وأعتقت الأمة وأسلمت الكافرة فلا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصناً لان الاحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق وأشأم أى دخل الشام وأحصن أى دخل في الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما يصير الانسان داخل في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان للزنا عقوبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عقوبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لا شغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستكشف عن الزنا وكذا الحرمة ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المباينة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزنين قالت هند امرأة أبى سفيان أو زنى الحرمة يا رسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة وموجبة للشكر فيمنع من الزنا الذى هو وضع الكفر في موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعاً فلان اجتماعها فيهما يشعر بكامل حالهما وإذا يشعر بكامل اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبي والمجنونة قاصر وكذا بالريق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طابع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام فانه روى عن أبى يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذى العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ما روى عن أبى يوسف يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية ويرجم الذى به وبه أخذ الشافعى رحمه الله تعالى واحتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطاً لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها (ولنا) في زنا الذى قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أو جب سب حانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوى زنا المسلم في كونه جناية فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام والحذيفة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذى مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً وما ذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجر أمثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد آهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والاخر غير محصن فالمحصن منهما يرمم وغير المحصن يجلد ثم
 اذا ظهر احصان الزاني بالبينة أو بالقرار يرمم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه
 الصلاة والسلام لا يجلد دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير
 حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وكان محصناً وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من
 الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صسار زناه غاية في القبح فيجازى بما هو غاية في العقوبات الدنيوية وهو الرجم
 لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعّد نساء النبي عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا
 آتين بفاحشة لعظم جثايتن لخصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ومضاجعته فكانت جثايتن على تقدير الايمان غاية في القبح فاعدّن بالغاية من الجزاء كذا ههنا
 ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والثيب
 بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع
 ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يحبان
 لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين فيكون عملاً بالحديث واذا فقد شرط
 من شرائط الاحصان لا يرمم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في
 القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب يختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا
 رأى الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما احتيج بما روى أنه عليه الصلاة
 والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه جلد وغرب وكذا روى
 عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعاً (ولنا) قوله عز وجل الزانية
 والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بمجد الزانية والزاني
 ولم يذكر التغريب فنأوجه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد
 والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزءاً والجزء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجزاء وهو الا كتفاء فلو
 أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعرض للمغرب على الزنا لانه مادام في
 بلده يمتنع عن العشار والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعمرى الداعي عن الموانع فيقدم عليه والزنا
 قبيح فافضى اليه مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التغريب ألا يرى أنه روى
 عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه نقي رجلاً فلاحق بالروم فقال لا أني بعدها أبداً وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال
 كنن بالنق فتنة فدل ان فعلهم كان على طريق التغريب ونحن به نقول أن للامام أن ينفى ان رأى المصلحة في التغريب
 ويكون النفي تعزيراً لأحد أو الله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره في حد القذف ان شاء الله تعالى
 فصل في وأما حد الشرب فسبب وجوبه به الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها
 ولا يشق الوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من
 الاشرية المعهودة المسكرة كالسكر وتقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والزبيب والمثلث
 ونحو ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم
 فصل في وأما شرائط وجوبها فنحنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ومنها
 الاسلام فلا حد على الذمي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب
 الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة
 فتستدعى جناية محضة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والا كراهة حلال فلم

يكن جنابة وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جنابة وعند بعضهم وان كان حراماً لكننا
نبين على التعرض لهم وما يدينون وفي اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن
الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا ويحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام في الاديان كلها ومآله
الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو
خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه ان كانت الغلبة للماء لا حد عليه لان اسم الخمر يزيل عند غلبة الماء وان
كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشرية انهم يشربونها مزوجة بالماء وكذلك
من شرب دردي الخمر لا حد عليه لان دردي الخمر لا يسمى خمر أو ان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) المذكورة
فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك الا أن حد الرقيق يكون على النصف من
حد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم
يشربها أو شربها عن اكره أو منحصصة وكذلك من تقيأ خمر لا حد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما
الشرية التي تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد
بشرها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراماً لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جنابة محضة
فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراماً أصلاً فلا عبرة بنفس السكر
كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبته الى الزنا وفيها الحاق المار بالمقذوف فيجب الحد
دفعاً للمار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع
اليهما جميعاً وبعضها الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي
يرجع الى القاذف فأنواع ثلاثة أحدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه لان
الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جنابة وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جنابة والثالث عدم اثباته باربعة
شهداء فان أتى بهم لا حد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان في جميع
العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما أقيم حد أصلاً اذ لا يقيم بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع مآر
الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولا ن هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات
وأما حرية القاذف وانسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط
احصان المقذوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل وأما الذي يرجع الى المقذوف فشيئان أحدهما أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة وشرائط احصان
القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق
والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلا أن الزنا لا يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً
محضاً فيوجب التميز لا الحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان في آية القذف وهي قوله تبارك
وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولا نالو
أو وجبنا على قاذف المملوك الجلد لا وجبنا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا بحسن وهذا لا يجوز لان القذف
نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات والسافلات
المؤمنات والمحصنات الحرائر والسافلات العفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات في هذه الآية الحرائر لا العفاف لانه سبحانه وتعالى جمع في هذه الآية بين المحصنات والعافلات في الذكر والعافلات العفاف فلو أراد بالمحصنات العفاف لكان تكراراً ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقدوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعا لعار الزنا عن المقدوف وما في الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسر العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقدوف وطئ في عمره وطأ حراما في غير ملك ولا نكاح أصلا ولا في نكاح فاسد فسادا جمعا عليه في السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذي ذكرنا وان كان وطئ وطأ حراما لكن في الملك أو النكاح حقيقة أو في نكاح فاسد لكن فسادا هو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة في مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح أصلا الا أنه لم يجب الحد اقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكة فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درى الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبوية أو زوجة أو جارية اشتراها وهو يعلم انها الغير البائع ثم استحققت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنة فاعلمها أو لم يعلمها لوجود الوطء الحرام في غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائفة أو الحرم أو الحرمة أو الحرمة التي ظاهرها أو الأمة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانما محل الالائه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته في قولهما واحد الى الرايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجه) قولهما ان هذا وطء حصل في غير الملك لان عقد الكتابة أوجب زوال الملك في حق الوطء ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها وكذا المهر يكون لها للمولى وهذا دليل زوال الملك في حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائما وانما الزائل ملك اليد فنع من الوطء علما فيه من استردادها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولتزوج معتدة الغير أو منكوحة الغير أو جوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراما بدليل انه لا يأنم ولو كان حراما لأنهم اذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولا في حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء ههنا ثابتة بالاجماع الا انهم منتف والائتم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واداك انت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولوقبل امرأة بشهوة أو نظرا الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجه) قولهما ان التقيل أو النظر أو جرح حرمة المصاهرة وانها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولا في حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولتزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه في السلف اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولتزوج أمة وحرمة واحدة فوطئها أو تزوج أمة على حرة فوطئها لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعا عليه في السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولتزوج ذمي امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقتله رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول أبي حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه يشترط احصائه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة بمحدودة

في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لا عنت بولد لأن اماراة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لا عنت بغير الولد أو مع الولد لكنه لم يقطع النسب أو قطع لكن الزوج عادوا كذب نفسه والحق النسب بالأب حدلانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثاني أن يكون المذدوف معلوماً كان مجهولاً لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحداً أو قال ليس فيكم زان الا واحداً أو قال لرجلين أحدكما زان لأن المذدوف مجهول ولو قال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدكما هذا فقال لا لا حدل لا آخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو في معنى الصريح ولو قال لرجل جدك زان لا حد عليه لأن اسم الجد ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المذدوف مجهولاً ولو قال لرجل أخوك زان فان كان له اخوة أو اخوان سواه لا حد على القاذف لأن المذدوف مجهول وان لم يكن له إلا أخ واحد فعليه الحد اذا حضر وطالب لأن المذدوف معلوم وليس لهذا الاخ ولاية المطالبة لانه كفي في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) حياة المذدوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذر كفي في موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع اليهما جميعاً فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المذدوف ولا جده وان علا ولا أمه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهي عن التأنيف نصاً نهى عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصاً وقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احساناً والمطالب بالقذف ليس من الاحسان في شيء فكان منفيّاً بالنص ولأن توقيف الاب واحترامه واجب شرعاً وعقلاً والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراماً والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المذدوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب فان كان بالكناية لا يوجب الحد لأن الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة في مسائل اذا قال لرجل يا زاني أو قال زني أو قال أنت زاني يحدلانه أني بصريح القذف بالزنا ولو قال يا زاني بالهمز أو زنا بالهمز يحد ولو قال عنت به الصعود في الجبل لا يصدق لأن العامة لا تفرق بين المهموز والمليّن وكذا من العرب من يهزم المليون فيجرد النية فلا يعتبر ولو قال زنا في الجبل يحد ولو قال عنت به الصعود في الجبل لا يصدق في قولهما وعند محمد رحمه الله يصدق ولو قال زنا على الجبل وقال عنت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الزنا الذي هو فاحشة ملين يقال زنا يزني زنا والزنا الذي هو صعود مهموز يقال زنا يزنا زناً وقال الشاعر «وارق الى الخيرات زناً في الجبل» وأراد به الصعود الا أنه اذا لم يقل عنت به الصعود حمل على الزنا المعروف لأن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة واذا قال عنت به الصعود فقد عني به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والمليّن بل تستعمل المهموز مليناً والمليّن مهموزاً فلا يصدق في الصرف عن المتعارف كما اذا قال زني في الجبل وقال عنت به الصعود أو زنا ولم يذكر الجبل الا أنه استعمل كلمة في مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى ولا صلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى المليون وهو الزنا المعروف لأن من العرب من يهزم المليون فيتعين معنى المليون بدلالة الحال وهي حال الغضب لأن المسئلة مقصورة فيها واذا قال زنا على الجبل وقال عنت به الصعود لم يصدق لانه لا يستعمل كلمة على في الصعود فلا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد في الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف لانه كانه قال أبوك زاني ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لانه كانه قال أمك زانية ولو قال يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لانه كانه قال أبوك زانيان ولو قال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً لأن معناه عرف الناس وعادتهم انك مخلوق من ماء الزنا ولو قال يا ابن الزانيتين يكون قذفاً ويعتبر احصان أمه التي ولدت له لا احصان جدته حتى لو كانت أمه مسامة فعليه الحد وان كانت

جدته كافرة وان كانت أمه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه في الحقيقة والدته والجدة تسمى أما
بحازا وكذلك لو قال يابن مائة زانية أو يابن ألف زانية يكون قاذفا لأمه ويعتبر في الاحصان حال الام لما قلنا
ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اى امك زنت مائة مرة أو ألف مرة ولو قال يابن
القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على الميأة المستعدة للزنا وان لم تكن فلا يجعل قاذفا
مع الاحتمال وكذلك لو قال يابن الدعية لان الدعية هي المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل
على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولو قال رجل يازانى فقال الرجل لا بل أنت الزانى أو قال لا بل
أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحاً ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت بك لا حد
على الرجل لان المرأة صدقته في القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحسد المرأة لانها قذفت بالزنا نصا
ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل
فلوجود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلان قولها زينت معك يحتمل ان يكون المراد منه زينت بك ويحتمل
ان يكون معناه زينت بحضرتك فلا يجعل قذاف مع الاحتمال ولو قال لامرأة يازانية فقالت لا بل أنت حدثت المرأة
حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف
وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفي البداية يحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان
شهادات مؤكدة بالاعمان والحدود في القذف لاشهادته ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأة يازانية بنت الزانية
نخاصمت الائم ولا تحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أولا فلا عن
القاضي بينهما ثم خاصمت الائم يحد الرجل حد القذف ولو قال لامرأة يازانية فقالت زينت بك لا حد ولا لعان لانه
يحتمل انها أرادت بقولها زينت بك اى قبل النكاح ويحتمل انها أرادت اى ما مكنت من الوطء غيرك فان كان
ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان أرادت الاول لا يجب اللعان ويجب الحد لانها اقترت بالزنا وان أرادت به الثانى
يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا
يثبت ولو قال لامرأة أنت زانية فقالت المرأة انت ازنى منى يحد الرجل ولا تحسد المرأة اما الرجل فلا لانه قذفها بصريح
الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلان قولها انت ازنى منى يحتمل انها أرادت به النسبة الى الزنا على الترجيح
ويحتمل انها أرادت انت اقدر على الزنا واعلم منى فلا يجعل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانس
انت ازنى الناس أو ازنى الزناة أو ازنى من فلان لا حد عليه لما قلنا وروى عن ابي يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس
وبين قوله ازنى منى ومن فلان فقال فى الاول يحد وفى الثانى لا يحد (ووجه) الفرق له ان قوله انت ازنى الناس امكن
حملة على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود فعل الزنا منه للتحقق الزنا من الناس فى الجملة فيحمل عليه
وقوله انت ازنى منى ومن فلان لا يمكن حملة على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه ومن فلان فيحمل
على الترجيح فى القدرة او العلم فلا يكون قذفاً بالزنا ولو قال رجل زينت وفلان معك كان قاذفاً لهما لانه قذف أحدهما
وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانما للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلاً استب
فقال أحدهما لصاحبه ما بى بزان ولا اى بزانية لم يكن هذا قذفاً لان ظاهره نفي الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكتفى بهذا
الكلام عن نسبة اب صاحبه واما الى الزنا لکن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال
رجل انت تزنى لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستعجال ويستعمل للحال فلا يجعل قذاف مع الاحتمال وكذلك
لو قال انت تزنى وانا ضرب الحد لان مثل هذا الكلام فى عرف الناس لا يدل على فصد القذف وانما يدل على طريق
ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر
وازره وزراً اخرى ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك أو قال لرجل ما رأيت زانياً خيراً منك لم يكن قذفاً لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيرا من الزناة وهذا لا يقتضى وجود الزنا منه ولو قال لامرأة زنا بك وزجك قبل ان يتزوجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل الزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة وطئت فلان وطأ حراما او جامعك حراما او غيرك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالنابل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف واما الرسول فان ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة يازاني أو يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان أقول لك يازاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره ولو قال لا آخر اخبرت انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفا ولو قال لرجل يالوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا انسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضى انه يعمل عملهم وهو اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أي حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند أي حنيفة وعندهما هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل يازاني فقال له آخر صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فلو وجد القذف الصريح منه وأما المصدق فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت يحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الإثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواء فلا حد عليه وان لم يكن له إلا أخ وأحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فاما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لانه سواء قال في غضب أو رضا لان هذا الكلام لا يذكرا لاني النسب عن الاب فكان قذفا لانه ولو قال ليس هذا أبوك أو قال لست أنت ابن فلان لأبيه أو قال أنت ابن فلان لاجنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب فليس بقذف لان هذا الكلام قديد كلفني النسب وقديد كلفني التشبه في الاخلاق أي أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك أو أخلاقك تشبه أخلاق فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن من يبقيا أو يا ابن ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه يحتمل انه أراد به نفي النسب ويحتمل انه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفاة وسخائه وعمره وبن عامر كان يسمى المزقيما لزه الثياب ان كان ذا ثروة ونخوة كان يلبس كل يوم ثوبا جديدا فاما أمي خلعه ومزقه لثلاث يلبسه غيره فيساويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمة او خالها او لزوج أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى أبوا وكذلك الخال وزوج الأم قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبده لك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبو يعقوب على العرش وقيل انهما أبوه وخالته وإذا كانت الخالة أما كان الخال أباه وقال الله تعالى ان ابني من أهلي قيل في التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست بابن لفلان لجدته لم يكن قاذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أباحقيقة بل مجازا ولو قال للربي يابني لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يابني لم يقذفه ولكنه نسبته الى غير بلده كمن قال للبلدي يارستاق وكذلك اذا قال يا ابن الخياط أو يا ابن الاصفر أو الاسود أو أبوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع أو يا ابن الاعور أو أبوه ليس كذلك يكون كاذبا قاذفا كما اذا قال للبصير يا أعمى ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثاني ان

ان يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قل لا خرى
زنى نخدك أو ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه الحجاز من طريق
النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصديق ذلك كله أو
يكذبه وكذلك لو قال زنت باصبعك لان الزنا لا يصح لا يتصور حقيقة ولو قال زنى فرجك يحذف لان الزنا لا يفرج
بتحقق كانه قال زنت بفرجك ولو قال لامرأة زنت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لانه يحتمل انه أراد به
تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة ويحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على
الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير من نياها لعدم تصور الزنا من البهيمة وان أراد به الثاني
يكون قذفا كما اذا قل زنت بالدرهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنت بناقة
أو ببقرة أو أتان أو مكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل
في الاعراض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفا في جميع ذلك سواء كان ذكرا أو أنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء
ووطؤها لا يتصور أن يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل
قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل الوطء من
الرجل يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين
الذكر والانثى لان الوطء يتصور في الصنفين في الجملة ولو قال لامرأة زنت وأنت مكروهة أو معتوهة أو مجنونة أو
نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وعمله لو قال لامة
أعتقت زنت وأنت أمة أو قال لكافرة أسلمت زنت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسئلة الاولى قذفا
للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفي المسئلة الثانية قذفا للحال لوجود الزنا
منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر لانها لا يمنعان وقنوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان
والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لاحد
عليه لانه كذب محض لانه نفي النسب من الام ونفي النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولده حقيقة وكذلك
لو قال له لست لابويك لانه نفي نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولده فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابنيك لان
ذلك ليس بنفي لولادة الام بل هو نفي النسب عن الاب ونفي النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لو قال له
لست لابنيك ولست لامك في كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سواء ولو قال له لست لأم أو
لست لرجل أو لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الاقطاع عن هؤلاء فكان كذبا
محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا
(وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام قال الله تعالى عز شأنه خبرا عن الكفار ما أغنى عنى ماله هلك
عنى سلطانيه ومعناه مالى وسلطاني والهاء زائدة في حذف الزائد فيبقى قوله يا زانى وقد تدخل في الكلام للمبالغة
في الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يحتل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه في نعت المرأة لا يخل بمعنى
القذف حتى لو قال لامرأة يا زانى يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة في نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور
فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء في الزانية هاء التأنيث كالتضاريف والقائلة
والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يا زانى لانه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء
وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة كالحائض والطارق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف في دار العدل فان كان في دار الحرب
أو في دار البنى فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هم الأئمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البنى

فلا يقدر على الإقامة فيهما فالقذف فيهما لا ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع الى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضى فالى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه فالحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كانه نجز القذف كما في سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غدا أو رأس شهر كذا فجاء الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال على ما بينا والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبيئة والاقرار لكن عند استجماع شرائطها أما شرائط البيئة القائمة على الحد (فنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي في الحدود كلها تمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المقتوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من إثبات الحد لان اسقاطه (وأما) الذي يخص البعض دون البعض (فنها) عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عين الجريمة فهو مخير بين ادعاء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة فلما لم يشهد على فور المعينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حلت به على ذلك فلا تقبل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال أيا قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فاعلموا شهدوا وعن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يبدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا ويشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا في الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدور على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسبب بل لان الاصل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا يخرج في مقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد في السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى في الابتداء مخير بين أن يدعى السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا لاقامة الحد وبين أن يدعى أخذ المال سترأ على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم يصح دعواه السرقة فلم تقبل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقى مدعياً أخذ المال لا غير
فتقبل الشهادة حسبة اذ التتقدم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقتدوف ليس
بمخير بين بدل النفس وبين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم
بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار الى معنى آخر في شرح الجامع
الصغير حكيت به بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية
وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم وبخبرهم فاذا اكتتموا أمموا وقد يعلم المدعى شهوده في غير
ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها فكانوا في سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقدم قبلت في
حق المال لان بطلانها في حق الحد تمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقدم انما
يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة اذا كان التقدم في التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان
المشهد عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا
موضع العذر فلا يكون التقدم فيه مانعاً ثم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقدم تقدراً وفوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم
في زمانه فانه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في التقدم شيئاً وجهده نابه أن يوقت
فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدرا به شهر فان كان شهراً أو أكثر فهو متقدم وان كان دون شهر فليس بمتقدم
لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه في حكم العاجل ولا يبي حنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والاعذار في
اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضي فيما بعد ابطاء وما لا يعدوا لم تقبل شهادة
الشهود بزمان تقدم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر
فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قذا فيوجب الحد وقال الكرخي رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا
ذكر القاضي في شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أوردت تهمة وشبهة في الشهادة فاصل الشهادة باقى فلما اعتبرت
الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لا سقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها)
قيام الراحمة وقت أداء الشهادة في حد الشرب في قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتى في موضعها (ومنها)
عدد الاربع في الشهود في حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتي يأتين بفاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهن أربعاً منكم
وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاءوا عليه بأربعة
شهداء ولان الشهادة أحد نوعي الحجمة فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا هي بخلاف
سائر الحدود فان عدد الاقرار بالاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع في
الشهادة ثبت معدولاً به عن القياس بالنص والنص ورد في الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعاً لم تقبل
شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعي رحمه الله اذا جاءوا بأربع
الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهم في لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة
عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكره حينئذ يحد
(وجه) قول الشافعي رحمه الله أنهم اذا جاءوا بأربع الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن
جناية فلم يكن قذا (ولنا) ما روى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رأيت أقدماً مبادية وقسا عالياً
وأمرامكراً ولا أعلم ما وراء ذلك فقال سيدنا عمر رضي الله عنه له الحمد لله الذي لم يفضح رجلاً من أصحاب محمد صلى
الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بحضور من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر
فيكون اجماعاً ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة
فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاءوا بأربع الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حق الله

تعالى نخرج كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعاً فعند النقض ان بقي قذفا حقيقة فيوجب الحد ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تحد الثلاثة لان شهادتهم صارت قذفاً لنقصان العدد ولا حد على الرابع لانهم يقدفون بل حكى قذف غيره ولو علم أن أحد الاربع عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حد واحد وجميعاً لان الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلاً وراساً فانتقص العدد فصار كلامهم قذفاً والأعمى والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة أو ان كانت لهم أهلية الشهادة تحملاً وسما عاقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قذفاً وسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جلداً فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات وان كان رجلاً لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفاً ومن قذف حياً ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة شرحد الثلاثة ولا عن الزوج امره أنه لان قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقي فصار كلامهم قذفاً فيحدون حد القذف ولو علم أن الشهود الاربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عريان يحدون حد القذف وان علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ما ذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلاً والأعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سما وتحملاً لا اداء فكان كلامهم قذفاً والفاسق له شهادة على أصل أصحابنا سما واذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفاً فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال الناس أحرار الا في أربع الشهادات والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ما ذكرنا في غير موضع (ومنها) اتحاد المجلس وهو ان يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند اداء الشهادة فان جاؤا متفرقين يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا ما ذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفاً شرعاً بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت اداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفاً فيوجب الحد حتى لو جاؤا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحداً بعد واحد وشهدوا جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لو جاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن آخرهم وانما قال ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعاً منهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور منه كالحجوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو كان المشهود عليه خصياً أو عنيماً قبلت شهادتهم ويحدون لتصوير الزنا منهما لقيام الآلة بخلاف الحجوب (ومنها) أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالأخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجائز أنه لو كان قادراً لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لان الأعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا اتعمدنا النظر الى فرجها لا تبطل شهادتهم لان اداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر الى عين القرع وبياح لهم النظر اليها لقصد اقامة الحسبة كإباح للطبيب لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا مكرراً بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد الشهود وهو أن يجمع الشهود الاربعة على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين والدارين واليتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لا اختلاف المكانين وليس

على أحدهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله ان عدد الشهود قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الآخر وتقصان عدد الشهود بوجوب صيرورة الشهادة قدفا كالمشهد ثلاثة بالزنا (ولنا) ان المشهود به لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم في المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان انه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم آخر ولو شهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية الاخرى منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهى في زاوية أخرى منه لا تنقأ لهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد اثنان انه استكرها واثنان انها طوعته لا حد على المرأة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعاً ولم تثبت الطوعية في حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع الا أنه تفرد اثنان منهم بآثبات زيادة الا كراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة ولا في حنيفة عليه الرحمة ان المشهود قد اختلف لان فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلا فالزفر وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سألهم القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى زنا وبين زنا اما السؤال عن ماهية الزنا فلا نه يحتمل انهم أرادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلا نه يحتمل انهم أرادوا به الجماع فيأدون الفرج لان ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً فانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزمان فلا نه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقدم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السؤال عن المكان فلا نه يحتمل انه زنا في دار الحرب أو في دار البنى وانه لا يوجب الحد واما السؤال عن المزني بها فلا نه يحتمل ان تكون الموطوعة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سألهم القاضي عن هذه الجملة فوصفوا سأل المشهود عليه أهو محصن أم لا فان أنكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلاً أو رجلاً وامراً كان على الاختلاف سأل الشهود عن الاحصان ما هو لان له شرائط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قاضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها أو باضعها صار محصناً لان هذا اللفظ في العرف مستعمل في الوطء في الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصناً وهذا وقوله جامعها سواء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصناً (وجه) قوله ان هذا اللفظ يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمراة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطء لانها تحرم بمجرد نكاح الام من غير ووطء وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصير محصناً ما لم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصناً ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهداً والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبي في شئ من الحد ودلان سبب وجوب الحد لا بد وان يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذباً محضاً ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب أو أشار اليه اشارة معلومة لا حد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي ألا ترى انه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقيم عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا
يوجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصبح اقرار الاعمى في الحدود كلها كالصيرلان الاعمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصبح اقرار الرقيق والذمي والمرأة في
جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحد ومن غير تصديق المولى والكلام في
التصديق على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدد
الاربعة في حد الزنا خاصة وهو ان يقرأ بع مرات وهذا عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة ليس بشرط ويكتفى
باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصديق فيه على جانب الكذب
وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزبد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في سائر
الحدود بخلاف عدد المثني في الشهادة لان ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع في باب الزنا
تبعيد أفيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا اننا تركنا القياس بالنص وهو ما روى ان ما عزا إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقرب الزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجه الكرم هكذا الى الاربع فلو
كان الاقرار مرة مظهر للحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد مظهر وجوبه للامام
لا يحتمل التأخير (واما) العدد في الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط في الاقرار بالسرقة والشرب
والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يستقط بالرجوع فعد الاقرار فيه كعدد
الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبي يوسف يشترط الاقرار مرتين في مكانين (وجه) قوله ان حد
السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فتلتزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما في الزنا الا انه
يكتفى ههنا بالمرتين ويشترط الاربع هناك استدل لا بالبينه لان السرقة والشرب كل واحد منهما ثبت بنصف ما
يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار في الاقرار لما ذكرنا
انه اخبار والخبر لا يزاد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع في باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد
النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقرأ بع مجالس واختلف المشايخ في انه يعتبر بمجالس القاضي أو بمجالس المقر
والصحيح انه يعتبر بمجالس المقر وهكذا روى عن أبي حنيفة انه يعتبر بمجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر
اختلاف مجالس ما عر حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد
روى عن أبي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقرأ مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء
فيقرأ ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدي الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار
ما عر كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم
لانه ان كان مقرافا للشهادة لقولنا الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فلا نكار منه رجوع والرجوع عن
الاقرار في الحدود انما لخصه حق الله عز وجل بجميع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة في الاقرار بالزنا والسرقة
والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلان السكران من صار بالشرب
الى حال لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان عقله زائلا مستورا حقيقة واما على أصلهما فلا نه اذا غلب الهذيان على كلامه
فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح رده فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الاقرار بالحدود
والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصبح مع السكر كالاقرار بالمال وسائر
التصرفات واذا صح فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان أنكر فلا نكار منه رجوع فيصبح في الحدود انما لخصه
وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع ولا يصح في القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون
الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالحجوب لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لانعدام

الآلة ويصبح اقرار الخصى والعين لتصور الزنا منهما للتحقق الآلة والذي يحسن ويفيق اذا أقر في حال افاقته فهو
مثل الصحيح لانه في حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزمى به في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم
يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة نازت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان
يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيئاً فيندري عنه الحد لما ذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما
حضره المزمى به في الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود
بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغائب بالقية ليس الا بالدعوى وانها
ليست بشرط. ولهذا رجم ما عزم من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزمى بها ثم اذا صح اقراره بالزنا
بامرأة غائبة يعرفها حضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد اقامة
فان حضرت بعد اقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحداً أيضاً كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل
حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل
اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه
نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزمى بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زينت بامرأة ولا أعرها
صح اقراره ويحد والعلم بالشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها
لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر في الاقرار على نفسه يبنى الامر على حقيقة الحال
خصوصاً في الزنا فكان اقراره اخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة
فاما الشاهد فانه بشهادته يبنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لتصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقوطم لا نعرف
تلك المرأة يورث شبهة لجواز ان امرأته أو امرأته فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم
فهل هو شرط لصحة الاقرار بالحد اما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فاولى ان لا يكون
شرطاً لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما في الشهادة (ولنا) الفرق بين
الاقرار والشهادة وهو ان المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان غير متهم
في الاقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء
على ان قيام الرائحة شرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقدم
العهد ولكن ريجها لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافاً له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس
بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما عرف بالجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة فانه روى ان رجلاً جاءه ابن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف
عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بن مسعود أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً ثم قال رضي الله عنه تلتوه
ومن مزوه واستنكوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأقضى رضي الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند
عدمها واذ لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الرائحة اذا لم يكن
سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الرائحة ولذلك لو جىء به من مكان بعيد لاتبى الرائحة
بالجىء ممن مثله عادة يحد وان لم توجد الرائحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله تعالى أعلم واذ
أقر انسان بالزنا عند القاضي يبنى ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا في المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة
والسلام بما عزم وكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعتزفين أى بالزنا فاذا أقر أو بما نظرى
حاله أو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لما عزم بك خبل أم بك جنون وبعث الى قومه فسألهم
عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفية وعن مكانه وعن المزمى به الماذكر نافي الشهادة

ولا يسأل عن الزمان لان السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم في الاقرار وانما يقدر في الشهادة ويجوز ان يسأل عن الزمان أيضاً لاحتمال أنه زنى في حال الصغر فاذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا لان حكم الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان انه ماهولاً به عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد فاذا بين رحمه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقه حتى لا يقضى بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال في السرقة لان القاضى يقضى بعلمه في الاموال سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بان رأى انساناً يزنى ويشرب ويسرق أو بسماع الاقرار به في غير مجلسه الذي يقضى فيه بين الناس فان كان اقراره في مجلس القضاء لزمه موجب اقراره اذ لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضى الى ان يكون معه جماعة على الاقرار في كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم ويظهر به حد القذف في زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلالة في كتاب آداب القاضى ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البديل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البديل والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هي شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا خلاف في انها ليست بشرط في حد الزنا والشرب لانه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصه لله تعالى لانها تقام بحسبة الله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف في حد السرقة ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد كون السرقة ملكاً للمسرور ومنه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه في كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً في انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما على أصل الشافعى رحمه الله فلا نه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما في سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وان كان هو المقلب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانته عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا عرف ان الخصومة في حد القذف شرط كون النية والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين أحدهما في بيان الاحكام التي تتعلق بالدعوى والخصومة والثاني في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تغفوا أقرب للتقوى وقال سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى ان يقول قبل الاتيان بالبينة أعرض عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فاذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة للمدعى فاراد استحلافه بالله تعالى ما قد فقه هل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة انه لا يحلف عند أصحابنا خلافاً للشافعى رحمه الله وذكر في أدب القاضى انه يحلف في ظاهره واياه عندهم واذا انكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم يحتمل ان يحلف فاذا انكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الى أصل وهو ان عند الشافعى رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما في سائر حقوق العباد واما على أصل أصحابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف ويقضى بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فالحق في التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف أصلاً اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لانه المقلب فالحق بسائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة بدل والحد لا يحتمل البديل وعلى أصلهما اقرار فيه شبهة العدم لا ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف ويقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتميز واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من إقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة أنه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمة في القصاص في الطرف والنفس أنه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ما عرف وإن قال المدعى لي بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف إلى قيام الحاکم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أي يقال للمدعى لازمته إلى هذا الوقت فإن أحضر البينة فيه والاخلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة في الحدود غير جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذکر الجصاص في تفسير قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن معناه لا يؤخذ الكفيل في الحدود والقصاص جبرا فاما إذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر إطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لأن كلمة النفي إذا دخلت على الأفعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الأصل كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة إلا بطهور ولا نكاح إلا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما أن الحبس جائز في الحدود والكفالة أولى لأن معنى الوثيقة في الحبس أبلغ منه في الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاستقاط قال عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فإن الحبس للتهمة مشروع روى أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة في هذه المسئلة بقوله لي بينة حاضرة في المصر فجاز الحبس فإذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضي أي لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وإن أقام شاهداً واحداً لا حبس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس ولا يؤخذ منه كفيل (وجه) قولهما أن الحق لا يظهر بقول الواحد وإن كان عدلاً فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فإن سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجّة إلا أن توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فثبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن قول الشاهد الواحد وإن كان لا يوجب الحق فإنه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لي أو بينتي غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فإن قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فإن القاضي يقول له أقم البينة على صحة قذفك فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف وإن عجز عن إقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وإن طلب التأجيل من القاضي وقال شهدت غيباً أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهدت في المصر أجله إلى آخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له ابعث أحد ألى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة ولا يؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما أنه يحتتمل أن يكون صادقا في أخباره أن له بينة في المصر وربما لا يمكنه الإحضار في ذلك الوقت فيحتاج إلى التأخير إلى المجلس الثاني وأخذ الكفيل لثلاث نفوت حقه عسى ولا يبي حنيفة رحمه الله أن في التأجيل إلى آخر المجلس الثاني منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير إلى آخر المجلس لأن ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا ادعى أن له بينة حاضرة في المصر ولم يجد أحد أبعثه إلى الشهود فإن القاضي يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يقر فإن لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بينة الجندات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل أن يضرب الحد أصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته ويظهر أثر القبول في جواز شهادة القاذف وإن لا يصير مردودا لشهادة لأنه تبين أنه يمكن

محدوداً في القذف حقيقة حيث تبين ان المذدوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصير القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة في اقامة حد الزنا على المذدوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلاً فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المذدوف امة أو نصرانية والمذدوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المذدوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسا في نفسه ثم ادعى القاذف ان المذدوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المذدوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبي يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضي يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضي أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضي يقضى بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضى بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى يأتي بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المذدوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم يتم بينته أخذ منه كفيلاً أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضي حكم بابطال احصان المذدوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف في مكان كذا وشهد الآخر انه قذف في مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بشقين مختلفين لان القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولا يبي حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجوازانه كرر القذف الواحد في مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعادين الاول حكماً وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحد فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اختلفا في المكان والزمان واختلفا في الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذف في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذف في هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه في قولهم جميعاً استحساناً والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما في الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بانشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفاً وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زينت قبل ان أتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زينت انشاء القذف فكان قاذفاً لها للحال وهي للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل الزوج وهي كانت أجنبية قبل الزوج وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان من ملك الخصومة ومن لا يملكها فتقول ولا قوة الا بالله تعالى المذدوف لا يخلو اما ان يكون حياً وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حياً فلا خصومة لاحد سواء كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حياً وقت القذف كان هو المذدوف بصورة ومعنى بالحق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الابانة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف أصحابنا فيه عندهما يجوز وقال أبو يوسف

لا يجوز والمسئلة تمترت في كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقدوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عند حد المقدوف على الخلوص فيجوز فيه النيابة في الاثبات والاستيفاء جميعا (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لو كان حاضر الصدق القاذف في قذفه والحدود لا تستوفى مع الشبهات ولو كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعد هاسقط الحد عندنا خلافا للشافعي بناء على ان حد القذف لا يورث عندنا وعند بورث وستأني المسئلة في موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتا فلا خلاف في أن ولده ذكر أو أنثى ولا بن ابنه و بنت ابنه وان سفلوا ولو لده وان علا ان يحاصم القاذف في القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقدوف والميت ليس بمحل للحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والعضوية وقذف الانسان يكون قذفا لا جزاءه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقدوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلا قابلا للقذف بصورة ومعنى بالحاق العار به فانقذ القذوب موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف في أن الاخوة والاخوات والاعمام والعلمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والعضوية فالقذف لا يتناولهم لاصورة ولا معنى وكذلك لمولى العتاقة ولا لاية الخصومة لان القذف لم يتناوله بصورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضي الله عنهم في أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقدوقا ومعنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقدوقا ومعنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الابد قال أصحابنا رضي الله عنهم الثلاثة لا يراعى والا قرب والا بعد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يحاصم فيه مع قيام الابن الصلي وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لاحاق العار بالخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداء لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالوت خرج عن احتمال الحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابد وكذلك لا يراعى فيه احصان الخاصم بل الشرط احصان المقدوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان الخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر أن يحاصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقدوقا معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداء لا يجب الحد فهنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقدوف وان كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يحاصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهي ميتة فليس للولد ان يحاصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد ان يحاصم أباه تمظا له ففي قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد أن يحاصم مولاه في القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والله تعالى أعلم

فصل وأما صفات الحدود فتقول وبالله التوفيق لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقه انه لا يحتمل العفو والصلح والبراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجزى

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أو شرب الخمر مرارا أو سكر مرارا لا يجب عليه الاحد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فخذتم زنا أو شرب أو سرق يحد ثانياً لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة فحاصموا جميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان نذكره في كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والبراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انسا نابلزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الاحد واحد سواء حضر واجمعا أو حضر واحد وقال الشافعي رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حدة ولو ضرب القاذف تسنة وسبعين سوطاً ثم قذف آخر ضرب السوط الاخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطاً آخر للثاني ولو قذف رجلاً فخذ ثم قذف آخر يحد للثاني بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضي الله عنهم وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه في قول وفي قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المذهب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أو المذهب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جنائية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطأ فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفوض استيفاؤه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات في الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيم على وجه الشدة لم الحق من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه الى الامام دفعاً للتهمة لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فخذ الزنا واجب لصيانة الا بضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والنفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة النفس والاموال والبضائع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جنائية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيذاً للنفذ والدفع كيلا يسقط بأسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفى كونه حقاً لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطاً ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقذوف يطالب القاذف ظاهراً أو خائفاً دفعاً للمعارضة نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة ما صورة ومعنى واما معنى لا صورة لانها تجب بمقابلة الحل جبراً والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يمتيز فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص (والثاني) أنه ينتصف برق القاذف

وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف بالحق العبد لأن حقوق الله تعالى تجب جزاء للفعل والجزاء
يزداد بزيادة الجناية وينقص بنقصانها والجناية تتكامل بكامل حال الجاني وتنقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه
يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني واذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصا أو المذهب فيه
حقه فنقول لا يصح العقوبة لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض
عن حق الغير لا يصح ولا يجري فيه الارث لان الارث انما يجري في المتروك من ملك أو حق للمورث على ما قال
عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فهو لورثته ولم يوجد شيء من ذلك فلا يورث ولا يجري فيه التدخّل لما
ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا اذا لم يكن الزاني محصناً مائة جلدة ان كان
حرّاً وان كان مملوكاً خمسون لقوله عزّ شأنه فاذا أحصن فان أتى بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من
العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكامل حال الجاني وتنقص بنقصان حاله والعبد أنقص حالا من
الحر لا خصصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم
يثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الا أن التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعاً بقوله تعالى جل شأنه
فعلين نصف ما على المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر وأربعون في العبد
لما قلنا وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا
أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة في شيء من الحدود والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز اقامتها فنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض أما الذي يعم
الحدود كلها فهو الإمامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه الإمام وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس
بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوك اذا ظهر الحد عنده بالاقرار أو بعائنه أو بمرة عنده وبالمعاينة بأن رأى عبده
زنى بأجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهد واعنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا في اقامة المرأة الحد
على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسبه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا على رضي الله عنه عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة
والسلام أنه قال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضمير
أي بحبل وهذا أيضاً نص في الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق
تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه بملك الاقرار عليه بالدين وملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيئاً من ذلك
فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية اقامة الحدود ثابتة للإمام
بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الاقامة استدلالاً بولاية انكاح الصغار
والصغار لا تثبت للمائبين الاقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك أن ولاية اقامة الحد
انما ثبت للإمام لمصلحة العباد وهي صيانة أنفسهم وأموالهم واعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفاً من
اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوي الإمام في هذا المعنى لان ذلك يقف على الإمامة والامام قادر على الاقامة لشوكمته
ومنعته واتباع الرعية له قهراً وجبراً ولا يخاف تبعه الجناة واتباعهم لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل
والحباة والتواني عن الاقامة منتفية في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشرع له الولاية بيقين وأما المولى
فربما يقدر على الاقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضه العبد اياه ولا نه رقباني مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصاً
عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة
الحد عليه ان يأخذ بعض أمواله ويقصد اهلا كويهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما في الاقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقه أو يخاف سرية الجلدات الى الهلاك والمراء مجبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الامام في تحصيل ما شرع له اقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التفسير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعييس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجاني لما ذكره في موضعه والمولى يساوى الامام في هذا لانه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضاً لا يتمتع عن هذا القدر من الايلا م لانه لا يوجب نقصاناً في مالية العبد ولا تعييناً فيه بخلاف الحد والثاني أن في التعزير ضرر ورة ليست في الحد لان أسباب التعزير ربما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى ان يعزرموكمه في كل يوم وفي كل ساعة وفي الرفع الى الامام في كل حين وزمان حرج عظيم على الموالى فقوضت اقامة الحد الى الموالى شرعاً وصار المولى مأذوناً في ذلك من جهة الامام دلالة وصار نائباً عن الامام فيه ولا حرج في الحد لانه لا يكثر وجوده لانه نعدام كثرة أسباب وجوبه وأما الحد يثنان فيحتمل أن يكون خطاباً لقوم معلومين علم عاياه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحي انهم يقيمون الحدود ومن غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في اقامة الحد لما أن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها الى الحكام والمحتسبين وقد يجيى منهم في ذلك تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبب بالسعى لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الاقامة لاحتمال الميل والتقصير في ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهامع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على اقامة الحدود لانه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لان أسباب وجوبها توجد في أقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفي الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل الى الخلفاء تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيب وتولية أما التنصيب فهو أن ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هي أن يولى رجلاً ولاية عامة مثل امارة اقليم أو بلد عظيم فيملك المولى اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة الحد ومعظم مصالحهم فيملكها والخاصة هي ان يولى رجلاً ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحد ودلان هذه التولية لم تتناول اقامة الحدود ولو استعمل أمير على الجيش الكبير فان كان أمير مصر أو مدينة فجزأ بحنده فانه يملك اقامة الحدود في معسكره لانه كان يملك الاقامة في بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فانه كان يملك اقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة والامام العدل له ان يقيم الحدود وينفذ القضاء في معسكره كما له ان يفعل ذلك في المصر لان الامام ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك في المعسكر لانه نائب الامام والله تعالى أعلم وأما الذي يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود في حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والروائين عن أبي يوسف استحساناً وروى عن أبي يوسف رواية أخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعي رحمه الله وهو القياس وجه القياس ان الشهود فيها وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذلك من الشهود ولان الرجم أحد نوعي الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في الرجم (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال يرمي الشهود أولاً ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعاً ولا في اعتبار الشرط احتياطاً في درء الخذلان للشهود اذ ابدوا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لا انما عرفنا البداية شرطاً استحسننا بالاثرفيسقط الحد عليه والاثر ورد في الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس ولأن الجلد لا يحسنه كل أحد فقوض استيفاءه الى الأئمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية اداء الشهادة للشهود عند الاقامة في الحدود كلها حتى لو بطأت الاهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو وحد القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جننوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا واحد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه لان اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذلك عند الامضاء في باب الحدود عن القضاء وأما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا يمنعان من الاقامة في سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يتم الحد على المشهود عليه الا الرجم لانهما ليسا من أسباب الجرح لان أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تنتهى وتقرر بتحتم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم انما يمنعان الاقامة لانها ما يجرحان في الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط جواز الاقامة ولم توجد وروى عن محمد في الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدي أو بهم مرض لا يستطيعون الرمي ان الامام يرمي ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذراً في فوات البداية ولم يجعل الموت عذراً فيه وان ثبت الرجم بالقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون في اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجر الامه لكافلاً يجوز الاقامة في الجرح الشديد والبرد الشديد لما في الاقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضى النفاس لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا كله الا على الحامل لان ترك الاقامة في هذه الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حدمه هلاك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب في عضو واحد لانه يفضى الى تلف ذلك العضو وإلى تزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الاعضاء من الكتفين والذراعين والعصدين والساقين والقدمين والوجه والفرج والرأس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجهه وقال أبو يوسف رحمه الله ايضاً لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطاً أو سوطين أما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك وأما الرأس فله قول سيدنا عمر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطاناً والجواب ان الحديث ورد في قتل أهل الحرب خصوصاً قوماً كانوا بالشام يخلقون أو ساط رؤسهم ثم تفرق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعي عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد لان المأمور به هو الجلد وانه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تزيق الجلد لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان في الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجر لا مهلكاً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية اقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغي ان ير بط المرجوم شيء ولا ان يمسك ولا ان يحفر له اذا كان رجلاً بل يقام قائماً لان ما عزا لم ير بط ولم يمسك ولا حفر له الا يرى أنه روى أنه هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولور بط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امرأة فان شاء الام حفر لها وان شاء لم يحفر أما الجفر فلا نه استر لها وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة القامدية

الى شتوتها وأخذ خضامة مثل الحصبة ورماها بها وحفر سيدنا على رضى الله عنه لسراحة الهذانية الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهي مستورة ثيابها لانه لا تجرد عند اقامة الحد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حدمه لك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامي ذارحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه أبي عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحدود وضرب بأحد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جنابة الزنا اعظم من جنابة الشرب والقذف اما من جنابة القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما من جنابة الشرب فلان قبح الزنا ثبت شرعا وعقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لعقلا ولهذا كان الزنا حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المصلحة والا كراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكنون ولا نص في الشرب وانما استخرج الصحابة الكرام رضى الله عنهم بالا جتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المقتري ثمانون وقال سبحانه وتعالى جل شأنه في حد الزنا ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله فيل في التأويل أى بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضر بين لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل أن يكون صادقا في قذفه ولا حد عليه والثاني انه انضاف اليه رد الشهادة على التائب فجرى فيه نوع تخفيف ويضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا على الارض كما يفعل في زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجلد بدنه الى ما فوق رأسه لانه يخاف فيه الهلاك أو تمزق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع وينبغي أن يكون الجلد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذى لا يوجد فيه مس ويحذر الرجل في حد الزنا ولا يضرب على ازار واحد لانه أشد الحدود وضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي حد الشرب يجرد أيضا في الرواية المشهورة وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد وجهه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد في حد القذف بخلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روى في أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا ترد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشوا والفر وفي الحد وكلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أستر لها ويفرق الضرب في الاعضاء كلها الماذكر لان الجمع في عضو واحد يقع اهلا كالعضو أو تمزيقا أو تخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق على الاعضاء كلها الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شيء من ذلك في المسجد لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في المساجد وهذا نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفي اقامة الحد وفي ترك تعظيمه يؤيده أن نهينا عن سبل السيوف في المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وأشرقتكم وسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سبل السيوف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هذا أولى ولان اقامة الحدود في المسجد لا تخلو عن تلوينه فتجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي أن تقام الحدود وكلها في ملائمة الناس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص وان ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا في سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لا يحصل الا وان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور يزجرون بأقسامهم بالمعينة والغيب يزجرون
 باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلا من المجاوزة عن الحد الذي جعل له لانه لو جاوز لمنعه
 الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمة الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق
 ﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة
 والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا
 في الانكار يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في الاقرار فيورث شبهة في ظهور الحد
 والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد روى أن ما عزا لما أقر بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه
 الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرت قولي
 لا ما خالك سرت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان
 للتلقين معنى وهذا هو السنة للإمام اذا أقر انسان عنده شئ من أسباب الحدود والخالصة ان يلقيه الرجوع در الحد
 كما فعل عليه الصلاة والسلام في الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض
 الجلدات أو بعض الرجم وهو حي بعد ما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان أخذ الناس
 في رجمه فرب ولم يرجع أو أخذ الجلا في الجلد فرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتمرض له لان الحرب في هذه
 الحالة دلالة الرجوع وروى أنه لما هرب ما عذ ك ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خلتيم سييله دل أن
 الحرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان
 حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم ويجل لان الاحصان شرط
 صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصبح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد وأما
 الرجوع عن الاقرار بالقتل فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجهه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل
 السقوط بالرجوع كالتقصاص وغيره ومنها تصديق المذوف القاذف في القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه في
 القذف ومن الحال أن يحد الصادق على الصديق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المذوف
 ولما صدقه في القذف فقد اترم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المذوف
 المقر في اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفني بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوى
 والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المذوف بحجته على القذف وهي اليينة بأن يقول بعد
 القضاء بالحد قبل الامضاء شهودي شهد وايزور لانه يحتمل أن يكون صادقا في التكذيب فثبت الشبهة ولا يجوز
 استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زنيته فكلته
 وأنكرت الزنا وقالت لا أعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخي رجمه
 الله الاختلاف وذكر القاضي في شرحه قول أبي يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره
 وامتناع الظهور في جانب المرأة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا
 بالفاعل والحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في جانبها هذا اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت
 على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبت ولم تدع النكاح
 (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة لا حال
 أن تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب
 الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد
 على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد وعلى هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أو ادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة الاستكراه بخلاف الرجل بالاتفاق فرق بين هذا وبين الأول (وجهه) الفرق أن المرأة في الفصل الأول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى إلى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا تعدى إلى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما أن لوطيقنا بالاكراه يقام الحد على الرجل بالاجماع ولوطيقنا بالنكاح في الفصل الأول لا يقام الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لأن رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الأحكام المتعلقة ب رجوع الشهود في باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد الكذب لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موتهن في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الإقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامرأة ثم تزوجها أو بجارية ثم اشتراها عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبي يوسف ومحمد وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط وروى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجهه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها إذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل إنما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الأمة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة قصار كالسارق إذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجهه) رواية أبي يوسف أن المرأة تصير مملوكا للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق إذا ملك المسروق (وجهه) رواية محمد رحمه الله أن الوطء حصل زنا محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك له فحصل موجباً للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطاً لاقتصاره على حالة ثبوته لأنه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به إلى وقت وجود الوطء فبق الوطء خالياً عن الملك فبق زنا محضاً موجباً للحد بخلاف السارق إذا ملك المسروق لأن هناك وحد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لأن الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصماً بملك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزناها فماتت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن الله عنهما أن عليه الحد وقيمة الجارية وروى الحسن عنهما أن عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين (وجهه) رواية أبي يوسف أن الضمان لا يجب إلا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد (وجهه) رواية الحسن أن الضمان لا يجب بعد الهلاك وإنما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند إلى وقت وجود السبب ولأن حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وأنه يمنع وجوب الحد ولو غصب جارية فزناها فماتت فعليه الحد والدلة لأن ملك الضمان في الحرية لا يوجب ملك المضمون لأن المحل لا يحتمل الملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الأمة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود إذا اجتمعت فالأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر أن لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وإن أمكن استيفاءها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك ذراً للبواقي

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اقامة شيء منها اسقاط البواقي يقام الكل جمعا بين
الحقين في الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان
قذف انسا نابالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم
أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضربه لانه حق الله عز شانه من وجهه وماسواه حقوق العباد على الخلوص
فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس في اقامة شيء منها اسقاط البواقي فلا يسقط ثم
اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار في البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بدأ
بالسرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم
انما ثبت باجماع مبني على الاجتهاد وعلى خبر الواحد ولا شك أن الثابت بنص الكتاب أكد ثبوتها ولا يجمع ذلك
كله في وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد يفضي الى الهلاك
ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدأ عنه
ماسوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفاء وفي اقامة حد الرجم اسقاط البواقي فيقام حد البواقي لان
الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود
قصاص في النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدأ ماسوى ذلك وانما بدأ بحد القذف
دون القصاص الذي هو خالص حق العبد لان في البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ
بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ماسوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع
القصاص في النفس قصاص فيمادون النفس بحد القذف يقتص فيمادون النفس ويقتص في النفس ويلغى
ماسوى ذلك ولو لم يكن في الحدود حد القذف ويقتص فيمادون النفس ثم يقتص في النفس ويلغى ماسوى ذلك
ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ماسوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود في الاستيفاء
واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم الحدود فالحدان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى
فيقتلونه ويكفونونه ويصلون عليه ويدفونونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم ماعز فقال عليه الصلاة
والسلام اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلد أفيكم الحدود وغيره سواء في سائر الاحكام من الشهادة
وغيرها الا الحدود في القذف خاصة في أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأييد حتى لا تقبل وان تاب الا في
الديانات عندنا وعند الشافعي رحمه الله قبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعها في كتاب الشهادات
والله الموفق

فصل وأما التعزير فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان
قدره وفي بيان وصفه وفي بيان ما يظهره (أما) سبب وجوبه فارتكاب جنائية ليس لها حد مقدر في الشرع سواء
كانت الجنائية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل
أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافرا يا كل الربا يا شارب الخمر
ونحو ذلك فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا نور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان في النوع الاول انما وجب
التعزير لانه ألحق العار بالمقذوف اذا الناس بين مصدق ومكذب فعز رد فعلا لعار عنه والقاذف في النوع الثاني ألحق
العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف

فصل وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعز كل عاقل ارتكب جنائية ليس لها حد مقدر سواء كان حرا
أو عبدا أو كافرا أو مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه

يعز رتاديبا لا عقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مر واصبيا نكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرين وذلك بطريق التأديب والتعذيب لا بطريق العقوبة لانها تستند على الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت يا أحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضي الله عنه لا بأحد فضلا عن الصحابي ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربع مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقية وتعزير الابخساء وهم السفلة فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو ان يبعث القاضي أمينه اليه فيقول له بلغني أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجر الى باب القاضي والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط بالاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة بالاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لحد شرطه كما اذا قال لصبي أو مجنون يا زاني أولذمية أو أم ولد يا زانية فالتعزير فيه بالضرب وبلغ أقصى غايته وذلك تسعة وثلاثون في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعند أبي يوسف خمسة وسبعون وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة مضطرب ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين لأن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور في الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لاحد المالك لأن ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل في كل باب ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال في رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفي رواية قال ينتقص منها خمسة وروى ذلك أئرا عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال يعز خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقد تده في نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود وروى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير في اللبس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد المالك وهو أر بعون لانه ذكر حد أمكر افيتناول حداما وأربعون حد كامل في الممالك فينصرف اليه ولان في الحمل على هذا الحد أخذنا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه أراد به حد المالك فيصير مبلغا غير الحد الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما صفته فله صفات منها أنه أشد الضرب واختلف المشايخ في المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم أريد بها الشدة من حيث الجمع وهي ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة في نفس الضرب وهو الايلاام ثم انما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشو به معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد أزر فكان في تحصيل ما شرع له أبلغ والثاني انه قد قصص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لايحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو

والصالح والابراء لانه حق العبد خالصا فتجربى فيه هذه الاحكام كما تجربى في سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تحتل التداخل بخلاف الحدود و يؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق ملائمة بخلاف الحدود وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزير في نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به فتقول انه يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضى ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى كما في سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كالا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود والخالصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب السرقة﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضى والى معرفة حكم السرقة

﴿فصل﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الامن استترق السمع سمى سبجانه وتعالى اخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل الجاهرة مغالبة أو نهية أو خلصة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لاسرقة وروى عن سيدنا على رضي الله عنه انه سئل عن المختلس والمتهب فقال تلك الدعابة لا شيء فيها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع على نباح ولا متهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس أخذاً من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال في حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يده بالخارج عليه ولو تناول صاحباً له مناولاً من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجه) قولهما ان الداخل لما تناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال في يده (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة المتقدمه أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لا نعدم فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لا نعدم ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يده صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لم تثبت عليه يد غيره فهو في حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول أبي حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب الققطع على الداخل على أصل أي حنيفة رحمه الله فلعدم الإخراج من الحرز بحقيقته أنه لو أخرج يده وناول صاحباً لم يقطع فعند عدم الإخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبي يوسف رحمه الله لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام في الخارج فبني على مسئلة أخرى وهي أن السارق إذا تقب منزلاً وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً وقال أبو يوسف في الإملاء أقطع ولا يبالى بدخول الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف إذا تقب ودخل وجمع المتاع عند التقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله أن الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس ركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوالق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال إذا كان اللص ظر يفاً لم يقطع قيل وكيف يكون ظر يفاً قال يدخل يده إلى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً ولا نعتك الحرز على سبيل الكمال شرطاً لا به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر فكان الأخذ بادخال اليد فيها هتكاً متكاملاً فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى أنه إذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الودعة في هذا البيت لحفظ في بيت آخر فضاغت لم يضمن وكذا إذا أذن لانس أن يدخل الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وإن لم يأذن له بدخول البيت دل أن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الإخراج إلى سجن الدار إخراجاً من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى هذا إذا كانت الدار مع بيوتها الرجل واحد فاما إذا كان كل منزل فيها رجل فخرج المتاع من البيت إلى الساحة يقطع لأن كل بيت حرز على حدة فكان الإخراج منه إخراجاً من الحرز وكذلك إذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به إلى سجن الدار يقطع لأن كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الإخراج منها إخراجاً من الحرز بمنزلة الدار المختلفة في محلة واحدة ولو تقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به إلى السكة حملاه جميعاً ينظران عرف الداخل منهما بعينه قطع لأنه هو السارق لوجود الأخذ والإخراج منه ويعزر الخارج لأنه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وإن لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لأن من عليه القطع مجهول ويعزر إن أخرج فاما إذا كانا أو أضاف الداخل فلا ركن كونه جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير ولو تقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاف من المالك فقد وجد من الناس لأن الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس أن لا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعاً (وجه) القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالأخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا بإعانة الباقي وترصدهم للدفع فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا أولاً لأن الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض فلوجعل ذلك مانعاً من وجوب الققطع لا نسد باب الققطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

فصل (و) أما الشرائط فانواع بعضها يرجع إلى السارق وبعضها يرجع إلى المسروق وبعضها يرجع إلى المسروق منه

وبعضها يرجع الى السرور فيه وهو المكان أما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهي العقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهم ما وفي ايجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعي جنابة وفعلهما لا يوصف بالجنايات ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا ويضمنان السرقة لان الجنابة ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يحسن مدة ويفيق أخرى فان سرق في حال جنونه لم يقطع وان سرق في حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون بدر عنهم القطع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذي تولى إخراج المتاع أدى عنهم جميعاً وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعاً الا الصبي والمجنون (وجهه) قوله ان الإخراج من الخرز هو الأصل في السرقة والا عانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالأصل فاذا لم يجب القطع بالأصل كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الأصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الأصل (وجهه) قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ومن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعالم مدع الخاطئ اذا اشترك في القطع او في القتل وقوله الاخراج أصل في السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كإخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذور رحم محرم من السرور منه لانه لا قطع على أحد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يدرا عن ذي الرحم المحرم ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك السرور ومنه انه لا قطع على أحد فاما المذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الا نثي لقوله تعالى عز شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدير والمكاتب وأم الولد لعموم الآية الشريفة ويستوى الآبق وغيره لما قلنا وذكر في الموطأ ان عبد الله بن سبيد ناعم رضي الله عنهما سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضي الله عنه ليقطع يده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا يقطع يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله في أيما كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا ان العبد الآبق اذا سرق لا يقطع يده فامر به عبد الله رضي الله عنه فقطع يده ولان المذكورة والحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

فصل وأما ما يرجع الى السرور فانواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور في ماليتها ولا شبهة وهو ان يكون مما يتولاه الناس ويعدونه مالا لان ذلك يشعر بمرته وخطره عندهم ومالا يتولونه فهو تافه حقير وقدر روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الخرز لان التافه لا يحرز عادة ولا يحرز احرار الخطر والخرز المطلق شرط على ما ذكر وكذا تخل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة ويخرج على هذا مسائل اذا سرق صبياً حرألا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبياً عبدألا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول أبي حنيفة وروى عن أبي يوسف رحمه الله لا يقطع (وجهه) ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمي من وجه فكان محل السرقة من وجهه دون وجهه فلا تثبت الحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يده على نفسه فيتحقق ركن السرقة كالبهيمة وكونه آدمياً لا ينفى كونه مالا فهو آدمي من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافي فيعلق القطع بسرقة من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يده نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع في التبن والحشيش والقصب والخطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يظنون بها لعدم عزتها وقلة
 خطرها عندهم بل يعدون الظنة بهما من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع في التراب والطين والخص واللبن والنورة
 والا تجر والقحار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب وبين الخشب حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير
 المعمول وفرق في الخشب لان الصنعة في الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً
 يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن أخرجنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المعمول وغير المعمول
 كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه
 الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع في الخشب الا اذا كان معمولاً بان صنع منه أبواباً أو آنية ونحو ذلك ما خلا الساج
 والقنا والابنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافهاً بالصنعة يخرج عن التفاهة
 فيتمول وأما الساج والابنوس والصندل فأموالها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالاً مطلقة (وأما) العاج فقد
 ذكر محمد أنه لا يقطع الا في المعمول منه وقيل هذا الجواب في العاج الذي هو من عظم الجمل فلا يقطع الا في المعمول
 منه لانه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم
 الفيل فلا يقطع فيه أصلاً سواء كان معمولاً أو غير معمول لان الفقهاء اختلفوا في ماليتة حتى حرم بعضهم بيعه
 والانتفاع به فوجب ذلك قصوراً في المالية ولا قطع في قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشاباً قطع لما قلنا في
 الخشب ولا قطع في القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف ان كانت معمولة وهي تساوي عشرة
 دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة على قول أبي حنيفة رحمه الله في قرون
 الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء في ماليتها وجواب أبي يوسف رحمه الله في قرون المذكي فلم
 يوجب القطع في غير المعمول منها لانها من أجزاء الحيوان وأوجب في المعمول كما في الخشب المعمول وعن محمد في
 جلود السباع المدبوغه أنه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة أو بساطاً قطع لان غير المعمول منها من أجزاء الصيد
 ولا قطع في الصيد فكذا في أجزائه وبالصنعة صارت شيئاً آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على
 أن محمد لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء ان جلود السباع لا تظهر بالذكاة ولا بالداغ ولا قطع في البوارى
 لانها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد ولا في سرقة الملاحى من الطبل والدف
 والمزمار ونحوها لان هذه الاشياء مما لا يتمول أو في ماليتها قصوراً لا ترى أنه لا ضمان على كسر الملاحى عند أبي
 يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عريية
 أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم لان الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس
 الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا يتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين
 والدينا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول (وأما)
 دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصاً بالان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاختلاف كان المقصود هو قدر البياض
 من الكاغد وكذلك الدفاتر البيض اذا بلغت نصاً بالما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل
 ما يوجد جنسه تافهاً ما حافى دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر فلا يتموله الناس فكان
 تافهاً والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما ذكر ان شاء الله تعالى وعن أبي حنيفة أنه لا قطع في عفص ولا
 اهليلج ولا اشتنان ولا خم لان هذه الاشياء مباحة الجنس في دار الاسلام وهي تافهة وروى عن أبي يوسف أنه لا
 يقطع في العفص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشياً كان أو غيره لان الطير لا يتمول عادة
 وقدر روى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهم قالوا لا قطع في الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك
 فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصا رصيوداً فلا قطع على سراقه لانه وان علم فلا يعدم الا وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فيما أخذ من القبور في قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجهه) قوله أنه أخذ مالا من حر زمثله فيقطع كالأخذ من البيت ولهما أن الكفن ليس بمال لأنه لا يتحول بحال لأن الطبايع السليمة تنفر عنه أشد التفار فكان تأفها ولئن كان مالا ففي ماليته قصور لأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تنفى وجوب الحد فالقصور أولى روى الزهرى أنه قال أخذ نباش في زمن مروان بالمدينة فاجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقه مالا لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة إلى سنة بل يتسارع اليه الفساد أنه لا يقطع فيه لأن مالا لا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا يقطع في سرقه الطعام الرطب والبقول والقوا كد الرطبة في قولهما وعند أبي يوسف يقطع (وجهه) قوله أنه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق فكان مالا فيقطع كما في سائر الاموال ولهما ان هذه الاشياء بما لا يتحول عادة وان كانت صالحة للانتفاع بها في الحال لأنها لا تحتمل الادخار والامساك الى زمان حدوث الحوائج في المستقبل فقل خطرهما عند الناس فكانت تأفها ولو سرق تمر آمن نخل أو شجر آخر معلناً فيه فلا يقطع عليه وان كان عليه حائط استوثق وامنه وحرزوه أو هناك حائط لان ما على رأس النخل لا يعد مالا ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في تمر ولا كثر قال محمد النمر ما كان في الشجر والكثير الجار فان كان قد جدد النمر وجعله في جرين ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لأنه صار مالا مطلقاً قابلاً للادخار واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا يقطع في تمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا آواه فبلغ ثمن الجن فقيه القطع لأنه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد فكان مالا مطلقاً وكذلك الحنطة اذا كانت في سنبليها فهي بمنزلة الثمر المعلق في الشجر لان الحنطة مادامت في السنبيل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فالصحيح من الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيما يتحول الناس اياها لثبوتها الادخار فان عدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوي بين رطب الفاكهة وياسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لان اصل النخلة مما لا يتحول فكان تأفها وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع في تمر ولا كثر وقيل في تفسير الكثر انه النخل الصغير ويقطع في الحناء والوسمة لأنه لا يتسارع اليه الفساد فلم يحتل معنى المالية ولا يقطع في اللحم الطرى والصفيق لأنه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا يقطع في السمك طرياً كان أو مالحاً لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارع الفساد الى الطرى منه ولما انه يوجد جنسه مباحاً في دار الاسلام ولا يقطع في اللبن لأنه يتسارع اليه الفساد فكان تأفها ويقطع في الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع اليهما الفساد ولا يقطع في عصير العنب وقيع الزبيب ونييد التمر لأنه يتسارع اليه الفساد فكان تأفها كاللبن ولا يقطع في الطلاء وهو المثلث لأنه مختلف في اباخته وفي كونه مالا فكان قاصراً في معنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من قيع الزبيب ونييد التمر لاختلاف الفقهاء في اباحه شربة وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك أنه لا يقطع فيه لأنه حرام فلم يكن مالا ويقطع في الذهب والفضة لانهم من أعز الاموال ولا تفاهة فيهما بوجه وكذلك الجواهر واللاكي لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل في هذا الباب في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحه الجنس لان ذلك موجود في الذهب والفضة والجواهر واللاكي وغيرها ويقطع في الجيوب كلها وفي الادهان والطيب كالعود والمسك وما أشبه ذلك لان عدم معنى التفاهة ويقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع في جميع الاواني من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعره هذه الاشياء وخطرها في أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوماً مطلقاً فلا يقطع في سرقه التمر من مسلم مسلماً كان السارق أو ذمياً لأنه لا قيمة للتمر في حق المسلم وكذلك الذي اذا سرق من ذمي خمر أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوماً عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوماً على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي ليس بمملوك وان كان مالاً لا نعدم تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوكاً كافياً نفسه فلا يقطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادن العدم المالك وعلى هذا أيضاً يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما أن يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكاً أصلاً ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو مافيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسابقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسراع على الاطلاق ولان القبط عتوبة السرقة قال الله في آية السرقة جزاء بما كسبنا نكالاً من الله فيستدعي كون الفعل جنسية محضمة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جنسية أصلاً فلا خذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتمحض جنسية فلا يوجب القبط اذا عرف هذا فنقول لا يقطع على من سرق ما عاره من انسان أو أجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتين لان ملك العيين له وانما التابت للمرتين حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقة المرتين أو الراهن فلا يقطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا أنه ملكه فلا يجب القبط بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المروونة وان منع من الوطء (وأما) المرتين فلان يد العدل يده من وجهه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبهه يد المودع ولا على من سرق ما لا مشترك بينه وبين المودع منه لان المودع ملكهما على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القبط بأخذه فلا يجب بأخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكاً وحققاً ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يقطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع أيضاً (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضائه دينه من مال آخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يحجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو يقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضاً لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء والغرماء لا يملكون أيضاً فهذا مال مملوك لا مال له معين فلا يجب القبط بسرقة كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكانه لم يقطع لان كسبه مكانه ملكه من وجهه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لا يحجز له أن يتزوجها والملك من وجهه أو شبهة الملك يمنع وجوب القبط مع ما أن هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ان ادعى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد في الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفاً للحال فوجب شبهة فلا يجب القبط كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا يقطع على من سرق من ولده لان له في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لبيك فظاهر الاضافة اليه بلام التملك يقتضي ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت الدليل ولا دليل في الملك من وجهه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القبط لانه يورث شبهة في وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذى الرحم المحرم فلا توجب القبط أيضاً لكن لفقد شرط آخر ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولودخل لص دار رجل فأخذ ثوباً فشق في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقاً يقطع في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القبط ولهذا لم يقطع اذا كان المورق شاة فذبحها ثم أخرجها كذا هذا ولهما أن السرقة تمت في ملك

المسروق منه فيوجب القطع وإنما قلنا ذلك لأن الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار اللعين وإنما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقاً ثوب بين قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول في الشاة أن السرقة تمت في ملك المسروق منه إلا أنها تمت في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع فإذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب إليه لا يقطع لأنه عند اختيار الضمان ما ملكه من حين وجود الشق فتبين أنه أخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندي وأبي رحمه الله أنه قال موضوع المسئلة أنه شق الثوب عرضاً فاما لو شقه طولاً فلا قطع لأنه بالشق طولاً خرقة خرقاً متحاشاً فيملكه بالضمان وذكر ابن سباعة أن السارق إذا خرق الثوب تخراً يقامسته لكا وقيمته بعد تخريقه عشرة أنه لا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبي جعفر الهندي وأبي رحمه الله لأن التخريق إذا وقع استهلاكاً أوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون وإذا لم يقع استهلاكاً كان وجوب الضمان فيه موقوفاً على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه عشرة أنه لا يقطع لأنه ملك المأخوذ بنفسه لا أخذ فصار قصاصاً بحقه فلم يبق في حق هذا المال سارقاً فلا يقطع ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لأنه لا يملكه بنفسه لا أخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقاً لملك غيره فيقطع كالأجنبي إذا قال أخذته لأجل حق على ما ذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها إلى أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه وسنذكره إن شاء الله تعالى بعد منها أن يكون معصوم ليس للسارق فيه حق الأخذ ولا تأويل الأخذ ولا شبهة التناول لأن القطع عقوبة محضة فيستدعي جنابة محضة وأخذ غير المعصوم لا يكون جنابة أصلاً وما فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جنابة محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولأن ما ليس بمعصوم يؤخذ بجاهرة لا مخافة فيتمكن الخلل في ركن السرقة وإذا عرف هذا فنقول لا قطع في سائر المباحات التي لا يملكها أحد ولا في المباح المملوك وهو مال الحرب (وأما) مالى الحربى المستأمن في دار الاسلام فلا قطع فيه استحساناً والقياس أن يقطع (وجه) القياس أنه سرق مالا معصوماً لأن الحربى استفاد العصمة بالأمان بمنزلة الذمى ولهذا كان مضموناً بالاتلاف كمال الذمى (وجه) الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب وإنما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة في ماله ولهذا أورث شبهة الإباحة في دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصاً ولا لأنه كان مباحاً وإنما تثبت العصمة بعرض أمان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل المعهود أن كل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ناجية بخلاف الذمى لأنه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة وبخلاف ضمان المالك لأن الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المالك لأنه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربى المستأمن في سرقة مال المسلم أو الذمى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة ولذا لم يلزم أحكام الاسلام وعند أبي يوسف يقطع والخلاف فيه كالخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغى لأن ماله ليس بمعصوم في حقه كنفسه ولا الباغى في سرقة مال العادل لأنه أخذه عن تأويل وتأويله وإن كان فأنسد الكن التأويل القاسد عند انضمام المنعة إليه ملحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع ولهذا الحق به في حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه أن الأمر لا يخلو أما أن كان سرق منه من جنس حقه وأما أن كان سرق منه خلاف جنس حقه فإن سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فإن كان دينه عليه حالاً لا يقطع لأن الإباحة لا يظفر بجنس حقه ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه وإذا أخذه يصير مستوفياً حقه وكذلك إذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لأن

بعض المأخوذ حقه على الشيوخ ولا قطع فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فلا قياس
أن يقطع وفي الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل
الآ ترى ان للغيريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي (وجه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل
الاجل فبسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأخير التأجيل في تأخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب
ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه درهم فسرق منه دنانير او عر وضاق قطع هكذا أطلق
الكرخي رحمه الله وذكري كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حتى لا يقطع فيحمل مطلق قول
الكرخي على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حتى لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى
أنه لا يصير قصاصا بالالاستبدال والتراضي ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على
انه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل
به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا مؤذنا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حتى فقد أخذ مالا لانه اعتبر المعنى وهي
المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية متجانسة فكان أخذ اذن تأويل فلا يقطع ولو أخذ صنفا من الدراهم
أجود من حقه أو أورد لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه
لورضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبد لا حتى يجوز في الصرف والسلم مع أن الاستبدال بدل الصرف والسلم
لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة في باب الحد كما
في الدين المؤجل ولو سرق حليما من فضة وعليه درهم أو حليما من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا
من حقه بالامراضة ويكون ذلك بيعا واستبدال الفاشبه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلي
ووجب عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فان هذا يقطع أيضا لان المقاصد انما تقع بعد الاستهلاك فلا
يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولا يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير أمره
فصار كالاجني حتى لو كان المولى وكله قبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو
سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولا فكان له حق
أخذه وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجني ولو سرق من غريم ابيه أو ولده يقطع لانه
لاحق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كما في دين نفسه والله تعالى أعلم
وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبي حنيفة انه لا يقطع فيه لان له تأويل الاخذ ان الناس لا يضمنون
ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فاخذه الاخذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار
وجميع آلات الملاهي لان أخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهي عن المنكر وذلك ما مور به شرعا
وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حر زلانه يتأول انه أخذه
للكسر (وأما) الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع
وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق في مال ثم سرق منه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم في حق
المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقوم في حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يداً مباحية شرط
وجوب القطع ويد السارق ليست يداً مباحية لما ذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك ثم
عاد فسرقه منه ثانياً فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حالة لم يتغير واما ان أحدث المالك فيه
ما يوجب تغييره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف وبه
أخذ الشافعي رحمه الله (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد
سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسند ذكر

تقر بهذا الاصل في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبي يوسف (وجه) ماوى أن الحمل وان سقطت قيمته الثابتة حقاً للمالك في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو أتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة ولا نه سقطت تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى ألا ترى أنه لو أتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يستقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فأما) اذا حدث المالك فيه حدثاً يوجب تغييره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فلا يصل فيه أنه لو فعل فيه ما لو فعله الغاصب في المغصوب لا وجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فصل ذلك فقد تبدلت العين وتصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم يتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غز لا يقطع فيه وورد الى المالك فنسجه ثوباً فعاد فسرقه أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألا ترى أنه لو كان مغصوباً لا يقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع فيه وورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم يتبدل ألا ترى أنه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلاً ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا يقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ووردها على المالك فولدت ولداً ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزاً مطلقاً خالياً عن شبهة العدم مقصوداً بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ما روى في الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن ورى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بآبواء المراح والمراح حرز الابل والبقرة والغنم والجرين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولان ركن السرقة لان القطع وجب لصيانة الاصول الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة لان القطع وجب لصيانة الاصول على أربابها قطعاً لا طماع السارق عن أموال الناس والاطماع انما يميل الى ماله خطر في القلوب وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا يميل الا طماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس بمال متقوم محتتمل الادخار ثم الحرز نومان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحرار ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالدار والحوائط والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحرار يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ فهو حرز لهذا سمي حرزاً بغيره حيث وقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو المحافظ وما كان حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود المحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حiale بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بآبواء المراح والجرين من غير شرط وجود المحافظ وروى ان صفوان رضى الله عنه كان نائماً في المسجد متوسداً برأيه فسرقه سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظاً أو لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أو لا باب له بعد أن كان محجوزاً بالبناء لان البناء يقصده بالاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان المحافظ قريباً منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسواء كان المحافظ مستيقظاً في ذلك المكان أو نائماً لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعاً ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائماً ولو اذن لانسان بالدخول في داره فسرق المأذون له بالدخول شيئاً منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائماً عليه لان الدار حرز بنفسها بالحفاظ وقد خرجت من أن تكون حرزاً بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولا نهماً أذن له بالدخول فقد صار في حكم أهل الدار فإذا أخذ شيئاً فهو خائن وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون في دخولها وهو مقفل أو من صندوق في الدار أو من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه أذن له بالدخول في حقه فكذا الدار المأذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزاً في حقه فكذا بيوتها وماروى أن أسود بات عند سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً لهم فيحتمل أن يكون مسروقاً من دار النساء لان من دار الرجال والداران المختلفان إذا أذن بالدخول في أحدهما لا تصير الأخرى مأذوناً بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبي يوسف أنه قال في رجل كان في حمام أو خان وثياباً تحت رأسه فسرقها سارق أنه لا قطع عليه سواء كان نائماً أو يقظاً وإن كان في صحن أو ثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد في رجل سرق من رجل وهو معه في الحمام أو سرق من رجل وهو معه في سفينة أو نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض أنه لا قطع على السارق وكذلك الخانوت لان الحمام والخان والخانوت كل واحد حرز بنفسه فإذا أذن للناس في دخوله خرج من أن يكون حرزاً فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزاً بالحفاظ ولهذا قالوا إذا سرق من الحمام ليلاً يقطع لان الناس لم يؤذوا بالدخول فيه ليلاً فأما الصحراء والمسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزاً بنفسه بل بالحفاظ ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من المسجد إذا كان ثمة حافظ يقطع وان لم يخرج من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحفاظ فكانت البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فإذا انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فأما صارت حرزاً بالبناء فمخرج منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروى عن محمد في رجل سرق في السوق من حانوت فتخرب الحانوت وقعد للبيع وأذن للناس بالدخول فيه أنه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شيء لم يقطع لانه لم أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الحانوت من أن يكون حرزاً في حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه رجل شيئاً أو سرق الجوالق فاني أقطعه لان الجوالق بما فيها محرز بالحفاظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك إذا سرق فسقاطا ملقوا فقد وضعه ونام عنده يحفظه أنه يقطع وان كان مضر ولم يقطع لانه اذا كان ملقوا كان محرزاً بالحفاظ كالباب الملقوع اذا كان في الدار فسرقه سارق واذا كان الفسقاط مضر وبأ كان حرزاً بنفسه فاذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا سرق الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بحرز وان ركبته صاحبه فلم يكن الجمل حرزاً للجوالق فاذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعى بسيراً أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان الراعى معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذي يأوى اليه يقطع اذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قاده أو قوداً أحسق أخرجها أو ساقها سوقاً حتى أخرجها أو ركبها حتى أخرجها لان المراعى ليست بحرز للمواشي وان كان الراعى معها لان الحفظ لا يكون مقصوداً أمن الراعى وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للرعى فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك يقصده الحفظ ووضع له فكان حرزاً أو قال عليه الصلاة والسلام في حريسة الجبل غرامة مثليها وجدلات نكالا فاذا أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن الجن فقهها لقطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد في سرقة من مولا مكاتباً كان المبدأ أو مدبراً أو تاجر عليه دين أو أم ولد سرق من مال مولا لان هؤلاء مأذونون بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن بيت مولا هم حرز في حقهم وذكر في الموطأ أن عبد الله بن سيدنا عمر والحضرى جاآ الى عمر رضى الله عنه بعبدله فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال امرأة لا مرأتى ثمهاستون درهما فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له في دخوله لان الأذن بالدخول أخرج الموضع من أن يكون حرز في حقه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له في أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الأذن بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز ولا لان الأذن بالأخذ فوق الأذن بالدخول وذات يمنع القطع فهذا أولى ولو سرق المستأجر من المؤجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة في الحرز وأما المؤجر اذا سرق من المستأجر فكذلك يقطع في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قولهما أن الحرز ملك السارق فيورث شبهة في درء الحد لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبي حنيفة أن معنى الحرز لا يتعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معدل لا حراز يمنع من الدخول فيه الا بالاذن وقد وجد لان المؤجر ممنوع عن الدخول في المنزل المستأجر من غير اذن فاشبهه الاجنبى ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان بينهما ولا داولا وقال الشافعى في الوالدين والمولودين كذلك فاما في غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد ذكرنا المسئلة في كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الاذن من صاحبه فاختلف معنى الحرز ولا ان القطع بسبب السرقة فعل ينمى الى قطع الرحم وذلك حرام والمضى الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذور رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يقطع ذور الرحم المحرم ويتطع سواء والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبي أو مجنون وقد ذكرناه فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباشطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تحجب صياتها عن القطيعة ولهذا لم يحجب في العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذى سرق من محرم عليه من الرضاع كالثامن كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباشطة بينهما في الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان يدخل في منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليمة ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها ينظر ان سرق ما لهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمّه وابنه وامرأته لا يقطع بالاخلاف لانه مأذون بالدخول في منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا في حقه وان سرق من منزل آخر فان كانا فيهم لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى في شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهم الله (وجه) قولهما أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق وبين المسروق بل كل واحد منهما اجنبى عن صاحبه فلا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من اجنبى آخر (وجه) قول أبي حنيفة أن في الحرز شبهة لان حق التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان ككون المنزل لغير قريبه لا يقطع التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خلافا في الحرز وفي الملك أيضا وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت في كتاب الشهادة وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحد هـ من صاحبه لا يقطع لانه مأذون في الدخول في الحرز ولو سرق امرأة من زوجها أو سرق رجل من امرأته ثم طلبها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجوده لم ينمقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينمقد عند الابانة لان الابانة طارئة والا صل أن لا يعتبر الطارىء مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد وقت الاعتبار وفي الاعتبار هـنا يحجب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي في العدة أو سرق مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بانئا أو ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجه أو أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه أو قيام أثره يورث شبهة ولو سرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ما قضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطارىء في الحد كما تقرر لان الحد وتدرأ بالشبهات فيصير طرأ بان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقراؤها وان تزوجها بعد ما قضى بالقطع لم يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز أو شبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبارا للشبهة وانها ساقطة في باب الحدود (وجه) قول أبي حنيفة ان الامضاء في باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمتروكة على القضاء ألا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان المقدوف زنى قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطارىء على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طرأ الصرة من خارج الكم انه لا يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله فان أدخل يده في الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء ويقطع بتفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو ما أن يكون بالقطع واما أن يكون بحل الرباط والدراهم لا يخلو واما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول أبي حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة في داخل الكم يقطع لانه بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر أخذ من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط تقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت المسددة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير حرز وهو تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدراهم في داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول أبي يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه أصلا اذا لم يحفظ الا موال فيه عادة ألا ترى أنه لو سرق منه الدراهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحفاظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره أو فيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرزا لساير الاموال فتمكنت الشبهة في كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر في كل شيء حرز مثله أو حرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر في كل شيء حرز مثله كالا صطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخي في مختصره عن أصحابنا ان ما كان حرزا للنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سرية بحجة البقال حرز للجواهر فالطحاوي رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشيء هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات لا يحرمون الجواهر في الا صطبل والكرخي رحمه الله اعتبر الحقيقة لان حرز الشيء ما يحرم ذلك الشيء حقيقة وسرية البقال تحرم الدراهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصبا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاثة مواضع أحدها في أصل النصاب انه شرط أم لا والثاني في بيان

قدره والثالث في بيان صفاته (أما) الأول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكى عن الحسن البصري رحمه الله أنه ليس بشرط ويقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيهما من غير شرط النصاب وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتنقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم أن من الحبال ما لا يساوي دنانقاً والبيضة لا تساوي حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة ما دلالة النص فلان الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاف ومسارقة العين وإنما تقع الحاجة في الاستخفاف فيها لخطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان إيجاب القطع على السارق اشتراطاً للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وإنما جرى الاختلاف بينهم في التقدير واختلافهم في التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط وبه تبين أن ما روى من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحتمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقاً بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام في قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضي الله عنهم أنه مقدّر بعشرة دراهم فلا قطع في أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبي ليلى بخمسة وذكر القدوري رحمه الله عند مالك رحمه الله ثلاثين وقال الشافعي ربع دينار حتى لو سرق ربع دينار إلا حبة وهو مع نقصانه يساوي عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا وعندنا يقطع بقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده اثنا عشر على ما بين في كتاب الديات احتج من اعتبر الخمسة بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة إلا بالخمسة واحتج الشافعي رحمه الله بما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع في مائة قيمة ثلاثة دراهم وهي قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على أصله مقوم باثني عشر درهماً (ولنا) ما روى محمد بن أحمد في الكتاب باستناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنده عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع الا في ثمن مائة وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد الا في دينار أو في عشرة دراهم وعن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق الا في ثمن الجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أمية أنه قال ما قطعت يد علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن الجن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد بن أحمد في الأصل أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فربه سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال ان هذا لا يساوي الاثمانية فدرا أسيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهم مثل مذهبننا والأصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون العشرة اختلف العلماء لا اختلاف الأحاديث فوق الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال وإذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فإن وجد ذلك القدر في أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وإن اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسائل إذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فأخرج به الى محنتها ثم عاد فأخذ درهمين البيت فأخرج به ثم عاد فأخذ درهمين البيت فأخرج به ثم نزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع محنتها وبيتها حرز واحد فإذا في الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا أخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم ينقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان

إذا

إذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم تقصبت أنه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه أن نقصان المسروق لا يخلو إما أن كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيب أو ذهب بعضه (وأما) أن كان نقصان السعر فإن كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لأن نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وإن كان نقصان السعر ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر قيمته في الوقتين جميعاً ورأى محمد رحمه الله أنه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله أنه تعتبر قيمته وقت الإخراج من الخرز وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) هذه الرواية أن نقصان السعر دون نقصان العين لأن ذلك لا يؤثر في الحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين (ووجه) الفرق بينهما أن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لأن العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلاً فيجمل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لأنه يوجب تغير العين أذهو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة وكذا إذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص ذكر الكرخي رحمه الله أنه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعاً في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصوداً بالسرقة لا تبعاً للمقصود ولا يتعلق القطع بسرقة في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والأصل في هذا أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفردوا ببلغ نصاباً بنفسه يقطع بلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصاباً بالاتباع بكل النصاب به فيقطع وكذلك إذا كان واحداً منهما مقصوداً ولا يبلغ بنفسه نصاباً بكل أحدهما بالآخر ويقطع وإن كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفردوا يقطع وإن كان معه غيره مما يبلغ نصاباً إذا لم يكن الغير مقصوداً بالسرقة بل يكون تابعاً في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله يقطع إذا كان ذلك الغير نصاباً كاملاً وبين أن هذه الجملة في مسائل إذا سرق أناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أو لبن أو ماء ورد أو زبد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفردوا يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما في الأناء إذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم فيعتبر أخذ الأناء على الأفراد فيقطع فيه (وجه) قولهما أن المقصود من هذه السرقة ما في الأناء والأناء تابع الألى يرى أنه لو قصد الأناء بالاختلاف في ما فيه وما في الأناء لا يجب القطع بسرقة فإذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالاتباع وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال إنما أنظر إلى ما في جوفه فإن كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم أقطعه ولو سرق ما في الأناء في الدار قبل أن يخرج الأناء منها ثم أخرج الأناء فارغاً منه قطع لأنه لما سرق ما فيه في الدار علم أن مقصوده هو الأناء والمقصود بالسرقة إذا كان مما يجب القطع بسرقة وبلغ نصاباً يقطع وعلى هذا الخلاف إذا سرق صبيًا حرًا لا يعبر عن نفسه وعليه حل وإن كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لأن له يد أعلى نفسه وعلى ما عليه من الحل فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعاً فلا يقطع وكذلك إذا سرق عبداً صبيًا يعبر عن نفسه وعليه حل أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وإن كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قد مرت ولو سرق كلباً أو غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفاً مضمضاً أو رصعاً بياقوت لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزاً قيمته تسعة دراهم وفيه غسل يساوي درهماً يقطع لأن المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الأصل به وكذلك لو سرق حملاً يساوي تسعة وعليه كاف يساوي درهماً يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر أن كان ذلك الثوب يصلح وعاءاً للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقة ونحوها يقطع لأن المقصود بالاختذه هو ما فيه وإن كان لا يصلح بأن كان ثوب كر باس فإن كان تبلغ قيمة الثوب

نصاباً بأن كان يساوي عشرة يقطع بلا خلاف لأن الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وإن كان لا يبلغ نصاباً قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكري الأصل أن اللص إن كان يعلم بالدرهم يقطع وإن كان لا يعلم لا يقطع وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وروى عنه أنه يقطع علم بها ولم يعلم (ووجهه) أن العلم بالسروقة ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصاباً وقد وجد (وجهه) رواية الأصل أنه إذا كان يعلم بالدرهم كان مقصوده بالخذل الدرهم وقد بلغت نصاباً فيقطع وإذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وأنه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجهه) الرواية الأخرى لأبي حنيفة عليه الرحمة أن مثل هذا الثوب إذا كان مما لا تشد به الدرهم عادة كان مقصوداً بنفسه بالسرقة وإن لم يبلغ نصاباً لم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لأنه تابع له ولو سرق جوالاً أو جراباً فيه مال كثير يقطع لأن المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا إذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لأن الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير ففيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لا ناعلم قيناً أن مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصوداً بالسرقة وما فيه تابع له ولا يقطع في المقصود لتقصان النصاب فكذا في التابع لأن التبع حكمه حكم الأصل والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى المسروق منه فهو أن يكون له يد محيضة وهو يد المالك أو يد الأمانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أمان المالك فلا شك فيه وكذا من أمنيته لأن يد أمنيته يده فلا خذمنه كالأخذ من المالك فأما من الغاصب فإن منفعة يده عائدة إلى المالك أذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجهه ولأن المقصود مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان ملك فأشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمروهون مضمون على المرتين بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفي بخصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لأن يد السارق ليست بيد صحيحة إذ ليست يده ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الأخذ منه كالأخذ من الطريق وإن كان القطع درى عن الأول قطع الثاني لأنه إذا درى عنه القطع صارت يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة في دار العدل فلا يقطع بالسرقة في دار الحرب ودار البني لأنه لا يدل للإمام في دار الحرب ولا على دار البني فالسرقة الموجودة فيها لا تنعقد سبباً لوجوب القطع وبيان هذا في مسائل التجار والأسارى من أهل الإسلام في دار الحرب إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا يقطعه الإمام لأنه لا يدل للإمام في دار الحرب فالسرقة الموجودة فيها لم تنعقد سبباً لوجوب القطع فلا تستوفي في دار الإسلام وكذلك التجار من أهل العدل في معسكر أهل البني أو الأسارى في أيديهم إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطعه الإمام لأن السرقة وجدت في موضع لا يدل للإمام عليه فأشبهت السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من أهل البني جاء للإمام تائباً وقد سرق من أهل البني لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البني فسرق منهم لم يقطعه الإمام لأن السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولأنه أخذ عن تأويل لأن لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البني ويحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البني إذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد إلى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لأنهم يعتقدون إباحة أموالنا ولهم منعة فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كالأخذ من أهل العدل سرق من أنسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع لأن مجرد اعتقاد الإباحة لا عبرة به ولا نالوا اعتباراً لذلك لادى إلى سد باب الحد

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فايؤدى اليه مثله
فصل وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول وبالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر
بأحد أمرين أحدهما البيينة والثاني الاقرار أما البيينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خير يرجح فيه
جنبه الصدق على جنبه الكذب فيظهر المخبر به وشرائط قبول البيينة في باب السرقة بعضها يعم البيينات كلها وقد ذكرنا
ذلك في كتاب الشهادات وبعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل
فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان في شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها
فيما يحتمل لدفعه ويحتاج لدبرته وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم
تقبل ولا يقطع ويضمن المال والا صل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا
يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه في كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود
الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحدود ولا تمنع وجوب المال وبعضها يخص أبواب الاموال والحقوق وهو
الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق
منه ويخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة
فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أو رث تهمة ويجوز الحبس بالتهمة لما
روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البيينة القائمة على سرقة
عبد مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولا غائبا لم تقبل البيينة وهو
أحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط ويقضى عليه بالقطع
وان كان مولا غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمى مكلف لا من حيث
انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجني عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الاجانب
ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن هذه البيينة
تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بهامع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شيء من ربة العبد ولان من الجائز أنه
لو كان حاضر الادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود ندرأما ممكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجب الحد
لا يملك المولى رده بوجه فلم تمسكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستخلف
فنكل لا يقضى عليه بالقطع ويقضى بالمال لان النكول اما أن يجري مجرى البذل والقطع مما لا يحتمل البذل والاباحة
والمال يحتمل البذل والاباحة واما أن يجري مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا
والشبهة تمنع وجوب الحدود ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان
غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبيينة وبل أولى لان المرء قد يتهم في حق غيره
مالا يتهم في حق نفسه وسواء كان الذي أقر بالسرقة عبداً ماذونا ومحجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه
وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو
اما ان كان ماذونا ومحجورا او المال قائم أو هالك فان كان ماذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه
سواء صدقه مولا في اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه
وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن
اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما في يد العبد مال مولا فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير
متهم في هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى
في يد العبد في حق القطع كمال ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل اقراره كالخرو به

تبين أن اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع لعدم الحق له في حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكاً أو مستهلكاً لا ضمان عليه كذبه مولا أو صدقه وان كان قائماً فان صدقه مولا تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولا ظاهراً وغالباً واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقي المال على حكم ملك المولى ولا تقطع في مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره ثبتت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبي يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره في حق الحد جوازه في المال ألا ترى أنه لو قال سرقت هذا المال الذي في يدي من عمرو يقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا في العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما أن يقطع في مال غيره عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد في مال محكوم به لمولا لا يجوز ولا يجوز أن يقطع في مال غيره عينه لان الاقرار صافي مالا معيناً فتعين أن يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغاً عاقلاً وقت الاقرار فاما اذا كان صبياً عاقلاً فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذوناً يصبح اقراره بالمال فان كان قائماً برده عليه وان كان هالكاً يضمن وان كان محجوراً لا يضح اقراره الا بتصدق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قائماً وان كان هالكاً لا ضمان عليه في الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذوناً يصبح اقراره ويرد المال الى المسروق منه وان كان هالكاً يضمن سواء كان العبد مخاطباً أو لم يكن وان كان محجوراً فان صدقه مولا فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطباً وقت الاقرار وان كان صغيراً لا ضمان عليه والاصل في جنس هذه المسائل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصبح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو حذراً أو وحده القذف أو السرقة أو القطع في السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيمادون النفس فيما يجب فيه الدفع أو الفداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيمادون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكان المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقادم في الاقرار ليس بشرط لجوازه في جواز سواء تقادم عهد السرقة أو لا بخلاف البيئة والفرق ذكرناه في كتاب الحدود واختلف في العدد في هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين والدلائل ذكرناها في كتاب الحدود وكذا اختلف في دعوى المسروق منه انها هل هي شرط كون الاقرار مظهر للسرقة كما هي شرط كون البيئة مظهراً لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه وبخاصة عندهما وقال أبو يوسف الدعوى في الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والا نسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالانابامرأة وهي غائبة قبل اقراره وحده كذا هذا ولهما ما روى ان سمرة رضى الله عنه قال للنبي عليه الصلاة والسلام اني سرقت ل فلان فأخذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأهم فقالوا انا قد نابعيراً لنا في ليلة كذا فقطعه فولوا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسأهم بل كان يقطع السارق ولان كل من في يده شيء فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغائب يجوز أن يصدقه فيه ويجوز أن يكذبه فبقي على حكم

ملك السارق فلا يقطع ولأن في ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف الاقرار بالزنا باسرة غائبة انه يحد المقر وان كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعى شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانما غير معتبرة في درء الحد وهما بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم يقطع لان المكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبارا بشبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرق هذه الدراهم ولا أدري لمن هي أو قال سرقها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فإذا كان المسروق منه مجهولا تتحقق الخصومة فلا يقطع وإذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينه على الاتفاق وبالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول والله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان بد المالك يد صحيحة (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فلا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أن لهم أن يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما في حق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله و يقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعي رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا ولا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد (وجه) قول زفر رحمه الله أن يده هؤلاء ليست بيد صحيحة في الاصل أما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ لا انه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتسكن من التسليم من المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن يدهم يضمن لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لا مكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهي الضرورة فكانت الخصومة منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط لصيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما ذكرنا على أن عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا خلل في العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق ويقطعه ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك وروى ابن سباعة عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجه) رواية ابن سباعة أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجه) رواية الجامع ان الخصومة في باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل أولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما صححت الخصومة بيد النيابة فيد الاصل أولى ولو حضر المصوب منه وغاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير ان له أن يخاصم ويطلب بالقطع ولم يذكر ابن سباعة في الغصب خلافا وذكر القدوري عليه الرحمة أنه ينبغي أن يكون الخلاف فيهما واحدا وليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكالك قال القدوري رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سباعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما في المودع بل أولى لان يد المرتهن أقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن

في يد السارق كان للمرتين أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لأن المرتين كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك
الحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية (فأما) الراهن فلم يبق له حق في المهرن ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا
تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لأن يده ليست بمضمونة لأنها ليست بيد ملك ولا يضمن
ولا يد أمانة فصار الآخذ من يده كالأخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك أيضاً ولاية الخصومة
لأن أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل
للسارق الأول أن يطالب الثاني برد المسروق إلى يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك (وجه)
الرواية الأولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الآخذ منه كالأخذ من الطريق سواء (وجه)
الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع فيحتاج إلى أن يسترده من يده فيدفع إليه فيتخلص
عن الضمان كما في العصب ونحوه على ما مر وذكر القدرى عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد
القطع فليس له ذلك لأن قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده لا قال ويجوز أن يقال له ذلك بعد القطع أيضاً لأن
الضمان أن لم يجب عليه في القضاء فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج إلى الاسترداد ليتخلص عن الضمان
الواجب عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضى سواء استفاده قبل زمان
القضاء أو في زمان القضاء لاذكرنا في كتاب أدب القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال
(أما) الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولما روينا من الأخبار
وعليه إجماع الأمة فالحكم يقع في مواضع في بيان صفات هذا الحكم وفي بيان محل إقامته وفي بيان من
يقيم وفي بيان ما يسقط بعثوته وفي بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلاً لما منع من الشبهة (أما)
صفات هذا الحكم فأنواع (منها) أن يبقى وجوب ضمان المسروق عند نالها بحجب الضمان والقطع في سرقة واحدة
ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة واحدة عند نالها يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد
القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعي رحمه الله فيقطع ويضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجد من السارق
سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعاً وإنما قلنا ذلك لأنه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان
لأنها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ
الله سبحانه وتعالى إذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فإتلاف
ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث أنها جناية على حق الله
سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث أنها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذي أنه يجب عليه الحمد حق الله تعالى
والضمان حقاً للعبيد وكذا قتل الخطأ بوجوب الكفارة حقاً لله تعالى والدية حقاً للعبد كذا هذا والدليل عليه أن
المسروق لو كان قائماً يجب رده على المالك فدل أنه بقي معصوماً حقاً للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما
الكتاب العزيز فقول سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ولا استدلال بالآية من
وجبهين أحدهما أن الله سبحانه وتعالى سمي القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع
كافياً فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف في الخبر والثاني أنه جعل القطع كل الجزاء لأنه عز شأنه
ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخاً لنص الكتاب العزيز وأما السنة ف
روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا قطع السارق فلا
غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم أدائه وهذا نص في الباب (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء
(أما) وجه البناء فهو أن المضمونات عند تأملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمننا السارق

قيمة المسروق أو مثله للمالك المسروق من وقت الأخذ فبين أنه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز (وأما) وجهه الابتداء
فما قاله بعض مشايخنا وهو أن الضمان إنما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقاً للمالك فيجب أن يكون
المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوماً
حقاً للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوماً حقاً للمالك لما وجب إذا ثبت حقاً للعبد ثبت لدفع حاجته
وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتتمكن فيه شبهة الإباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفي
الضمان ضرورة إلا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى أن
من غصب نمر المسلم يؤمر بالرد إليه لقيام ملكه فيها ولو هلك في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن
من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقاً للعبد زال ملكه عن المحل وهبنا الملك قائم فيؤمر بالرد إليه والعصمة زائلة
فلا يكون مضموناً بالهلاك ويخرج على هذا الأصل مسائل إذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي خنيفة رحمه الله أنه يضمن (وجه) هذه الرواية أن المسروق بعد القطع بقى على
ملك المسروق منه ألا ترى أنه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق في يده
بمنزلة الأمانة فإذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية أن عصمة المحل الثابتة حقاً للمالك قد سقطت في حق
السارق لضرورة إمكان إيجاب القطع فلا يعود إلا بالرد إلى المالك فلم يكن معصوماً قبله فلا يكون مضموناً ولو استهلك
رجل آخر يضمنه لأن العصمة إنما سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن
لأن المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فإن
كان قائماً فليصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن
لا يوجب ضمناً على السارق في عين المسروق لأنه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق
للسارق وإن كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبي يوسف أما السارق فلا أن
القطع ينفي الضمان (وأما) المشتري فلا أنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك
ضمن السارق وقطعه ينفي الضمان عنه وإن كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لأنه قبض ماله بغير
إذنه وهلك في يده وللمشتري أن يرجع على السارق بالثمن لأن الرجوع بالثمن ليس بتضمن ولو اغتصبه إنسان من
السارق فهلك في يده بعد النطق فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلا أنه ليس بمالك (وأما) المالك
فإن العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدوري وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لأنه لو ضمن لا يرجع بالضمان
على السارق وعلى هذا يخرج ما إذا سرق ثوباً غرقه في الدار خر قافحشاً ثم أخرجه وهو ساوى عشرة دراهم لا يقطع
لأن الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وإن خرقة عرضاً فقد مر
الاختلاف فيه (ومنها) أن يجري فيه التداعيل حتى أنه لو سرق سرقات فرغ فيها كلها فقطع أو رفع في بعضها فقطع
فيما رفع فالتقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شيء منها بعد ذلك لأن أسباب الحدود إذا اجتمعت وانها من جنس
واحد يكتفي فيها بحد واحد كما في الزنا وهذا لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل بإقامة
الحد الواحد فكان في إقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكتفي في باب الزنا بإقامة الأول حد
كذا هذا ولأن محل الإقامة قد فات إذ عملها اليد اليمنى لأن كل سرقة وجدت ما أوجب الاقطع اليد اليمنى فإذا
قطعت في واحدة منها فقد فات محل الإقامة وصار كالألذ ذهب اليد اليمنى بأقصة سبوعية وأما حكم الضمان فلا
خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أنه إذا حضر أصحاب السرقات وخاصموها فيها فقطع بمخاصمتهم أنه لا ضمان
على السارق في السرقات كلها لأن مخاصمة المسروق منه بالتقطع بمنزلة الإبراء عن الضمان عندنا فإذا خاصموا
جميعاً فكانهم أبرؤا وأما إذا خاصم واحد في سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيها خصوصاً بإجماع بين أصحابنا

رضي الله عنهم واما فيما يخص فيه فقد اختلفوا قال أبو حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه في شيء من السرقات خاصصوا
أو لم يخصصوا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن في السرقات كلها إلا فيما خصص (وجه) قولهما ان
المسروق منه مخير بين ان يدعي المال يستوفي حقه وهو الضمان وبين ان يدعي السرقة ليستوفي في حق الله سبحانه
وتعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنياً على دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خصص منهم فقد
وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخصص لم يوجد منه المسقط فيبقى حقه في الضمان كما كان ولا يبي حنيفة
رحمه الله ان النافي للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينبني الضمان في السرقات كلها هذا اذا كان المسروق
هالكاً ما اذا كان قائماً رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي الضمان لا الرد ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو أمر
الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو يعتمد كون المعفوع عنه حاقلاً للعافي والقطع
خالص حق الله سبحانه وتعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله سبحانه وتعالى أعلم واما محل اقامة هذا الحكم
فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه اما
الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة الاولى وتقطع
الرجل اليسرى في السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك أصلاً ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله الاطراف الاربع على القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى وتقطع الرجل
اليسرى في المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى في السرقة الرابعة احتج الشافعي رحمه الله
بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والايدى اسم جمع والاثنتان فيا فوقهما جماعة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبوا الى الله فقد صغت قلوبكم وان لم تكن لكل واحد القلب واحد الا ان
الترتيب في قطع الايدي ثبت بدليل آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلاً للقطع في الجملة وروى ان
سيدنا بكر رضي الله عنه قطع سارق حلى أسماء وكان أقطع اليد والرجل (ولنا) ما روى ان سيدنا علياً رضي الله
عنه أني بسارق قطع يده ثم أتى به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أتى به الثالثة وقد سرق فقال لا أقطعه ان قطعت يده
فبأي شيء يأكل بأي شيء يتمسح وان قطعت رجله بأي شيء يمشي اني لا استحي من الله فضر به بنحشة وحبسه
وروى ان سيدنا عمر رضي الله عنه أني بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد ان يقطعه فقال
له سيدنا علي رضي الله عنه انما عليه قطع يد ورجل فحبسه سيدنا عمر رضي الله عنه ولم يقطعه وسيدنا عمر وسيدنا
علي رضي الله عنهما لم يزد في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم (ولنا) أيضاً دلالة الاجماع والمقول امدلالة
الاجماع فهي اننا اجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد
اليسرى مدخل في القطع لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل
العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها في القطع بالسرقة أصلاً وهذا النوع من الاستدلال ذكره
الكرخي رحمه الله واما الموقوف فهو ان في قطع اليد اليسرى تقويت جنس منفعة من منافع النفس أصلاً وهي منفعة
البطش لانها تقوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى فتصير النفس في حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى
اهلاك النفس من وجه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تقويت منفعة المشي لان منفعة المشي تقوت
بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من كل وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حداثاً في السرقة
كذا اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في الحدود احتياطاً ولا حجة له في الآية
الشريفة لان ابن مسعود رضي الله عنه قرأ فاقطعوا أيديهما ولا يظن غشله ان يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً من
رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير يلهم الكتاب العزيز وهكذا روى عن عبد الله بن

عباس رضي الله عنهما في قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما انه قال أيمانهما. وهكذا روى عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله وأما حديث لا قطع فقد روى الزهري في الموطأ عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت لما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر أن يكون أقطع اليد والرجل ثم انما تقطع يده اليمنى في الكرة الأولى إذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه أن ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فإن كانت اليد اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأبهام أو أصبعين سوى الأبهام لا تقطع اليد اليمنى لأن القطع في المرقعة شرع زاجر إلا مهلكا فإذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع ثواب الجنس المنفعة وهي منفعة البطش أصلا فيقع أهلا كالنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع رجله اليسرى أيضا لأنه يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع واحدة سوى الأبهام تقطع يده اليمنى لأن القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعة وكذا أن كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بهاء عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وإن كانت صحيحة لأنه يبقى بل رجلين فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع كلها فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى لأن الجنس لا يفوت وإن كان لا يستطيع لا يقطع لفوات الشق ولو كانت يده صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأبهام أو الأصابع تقطع يده اليمنى لأن جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه فوات الشق أيضا ولو سرق ويمناه شلاء أو مقطوعة الأبهام أو الأصابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أي أيمانهما من غير فصل بين يمين ويمين ولا نهالو كانت سليمة تقطع فالناقص الميصة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق في الكفارة حيث جعل فوات أصبعين سوى الأبهام من اليد اليسرى نقصا تاما نعم أن قطع اليد اليمنى ولم يجعل فوات أصبعين نقصا تاما نعم أن جواز الاعتاق ما لم يكن ثلاثا (وجه) الفرق أن القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال الحاكم للحداد أقطع يد السارق فقطع اليد اليسرى فهذا على وجهين أما أن قال أقطع يده مطلقا وأما أن قيده فقال أقطع يده اليمنى فإن أطلق فقال له أقطع يده فقطع اليسرى لا ضمان عليه للحال لأنه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وإن قيده فقال أقطع يده اليمنى فقطع اليسرى فإن أخرج السارق يده وقال هذا هو يعني فلا ضمان عليه أيضا لأنه قطع يده فلا يضمن كمن قال لا أخرج أقطع يدي فقطع له ضمان عليه كذا هذا وإن لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا ضمان عليه عند أصحابنا رضي الله عنهم وعند زفر رضي الله عنه يضمن لأن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر (ولنا) أن هذا خطأ في الاجتهاد لأنه أقام اليسار مقام اليمنى باجتهاده متمسكا بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما من غير فصل بين اليمن واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد في الاجتهاد وأنه موضوع وموضوع المسألة في هذا الخطأ لا فيما إذا أخطأ فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمن مع ما أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن هناك أيضا على ما نبين وإن قطع اليسرى عمدا لا ضمان عليه أيضا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن لهما أنه تعمد الظلم بإقامة اليسار مقام اليمنى فلم يكن معذورا فيضمن ولا في حنيفة رضي الله عنه أنه أتلف وأخلف خيرا مما أتلف فلا يضمن كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته ألف بالعين ثم رجعا فهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وإنما قلنا أنه أخلف خيرا مما أتلف لأنه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لأنها لا تقطع بعد ذلك لأنه لا يؤتى على أطرافه إلا أربعة واليمين خير من اليسرى ثم على قول أبي حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعا من السرقة حتى إذا هلك المال في يد السارق أو استهلكه لا يضمن أولا يكون من السرقة حتى يضمن اختلاف المشايخ فيه قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله إذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما إذا جنى إذا قطع يده اليسرى فإن كان خطأ تجب الدية وإن كان عمدا يجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمن لأنه لو قطع يؤدي إلى أهلاك النفس من وجه على ما بينا

ويرد عليه المروق ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القسط وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمين في السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمداً والارش ان كان خطأً وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا انه لا تقطع رجله اليسرى لانه لما خصم كان الواجب في اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كالمذهب بكافة سببية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك وأما الموضع الذي يقطع من اليد اليمين فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا الماروى انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بياناً للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامّة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاة لان هذا الحد والمتولى لاقامة الحدود الائمة أو من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل استوفينا في كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودى بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويتضمن المال لان الرجوع يقبل في الحد ودولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلاً ان اقر بالسرقة ثوب يساوى مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقة أو قال هذا لى درى القطع عنهما لانهما اقرارا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة في حق الشريك لانحد السرقة ولو قال أحدهما سرقة هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقة قطع المقر وحده في قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجه) قول أبى يوسف أنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت في حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبها كالموزن بالبصية أو مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر في حق الآخر (وجه) قول أبى حنيفة أن اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقى اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الرويتين عن أبى يوسف وروى عنه أنه لا يسقط ولا خلاف في أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجه) رواية أبى يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كالمورد بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المروق الى المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاءها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المروق منه

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بخلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمه الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء صفوان أخذ فأتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال صفوان يا رسول الله اني لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فها قبل أن تأتي به فدل أن الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولأن وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقمت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطر يان الملك بعد ذلك لا يوجب خلافاً في السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لأن الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك في الهبة والمالك في الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجهه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لأن القضاء في باب الحدود وامضاء هافا لم يمس فكذا أنه لم يقبض ولو كان لم يقبض اليس انه لا يقطع فكذا اذا لم يمس ولأن الطارىء في باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان في اللاحق اسقاط الحد وهما فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة فيه لأن المروى قوله هو عليه صدقه وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد بدل عليه انه روى في بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لأن الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة في الزنا فيجد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخل المسروق في ضمان السارق حتى لو هلك في يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لأن المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثاني وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق في يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك كما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضي الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا يبيع أو هبة أو صدقة أو زوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم في يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذا سرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تملك السارق باطلا ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي اشتراه به لما سر فان كان قد هلك في يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما أن أحدث حدثا أو جوب النقصان واما ان أحدث حدثا أو جوب الزيادة فان أحدث حدثا أو جوب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لأن نقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لأن القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أو جوب الزيادة فلا صل في هذا ان السارق اذا أحدث في المسروق حدثا ولو أحدثه الغاصب في المنصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الآن في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المنصوب أو قيمته وهما لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخطه قيصاً لا يقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا يقطع حق المنصوب منه كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما بيننا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين السرقة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يأخذ المالك الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه (وجهه) قولهما أنه لو وجد هذا من الغاصب لخبر المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب وبين أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إلا أن التضمنين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إذا الغصب والسرقة لا يختلفان في هذا الباب إلا في الضمان ولا في حنيفة الفرق بين الغصب والسرقة ههنا وهو أن حق المغصوب منه أن يقطع عن الثوب بالصبغ لأن أصل الثوب ملكه وهو متقوم والغاصب فيه حق متقوم أيضاً إلا أن أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لأن المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق في الصبغ متقوم وحق المالك في أصل الثوب ليس متقوم في حق السارق لأجل القطع ألا ترى أنه لو أثلته السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك في الأصل تبعاً لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجاناً ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لأن الثوب على ملك السرور منه إلا أنه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضاء فلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر إيجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به ويجوز أن يصير مال إنسان في يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان إليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فأخذ شيئاً من أموالهم لا يحكم عليه بالردو يلزمه ذلك فيما بينه وبين الله جل جلاله وكذلك الباغي إذا أثلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان ويفق به فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذلك الحر إذا أثلف شيئاً من ماله ثم أسلم لا يحكم عليه بالردو يفق بذلك فيما بينه وبين الله جل جلالته وعظمته وكذلك السارق إذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفق به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق إذا قتل إنساناً بعضاً ثم جاء تائباً بطل عنه الحد ويؤمر بإداء الدية إلى ولي القتيل ولو قتل حرين مسلماً بعضاً ثم أسلم لا يفق بدفع الدية إلى الولي بخلاف الباغي وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحرين لم يقع سبباً لوجوب الضمان لأن عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالسلام لأنه يجب ما قبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا إنهم وايفقرهم ما قد سلف بخلاف قاطع الطريق لأن فعله وقع سبباً لوجوب الضمان إلا أنه لا يحكم بالضمان لما منع وهو ضرورة إقامة الحد إلا أن الحد إذا لم يجب للشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم والقضاء لا في الفتوى وكذا فعل الباغي وقع سبباً لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لما منع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتاً عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما إذا سرق نقرة فضة فضر بها دراهم أنه يقطع والدراهم ترد على صاحبها في قول أبي حنيفة وعندهما يقطع حق المالك عن الدراهم بناء على أن هذا الصنيع لا يقطع حق المالك في باب الغصب عنده وعندهما يقطع ولو سرق جديداً أو صفرأ أو نحاساً أو ما أشبه ذلك فضر بها أو أواني ينظر أن كان بعد الصناعة والضرب تباع وزنا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وإن كان تباع عدداً فيقطع حق المالك بالاجتماع كما في الغصب وعلى هذا إذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسند كرجلة ذلك في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب قاطع الطريق﴾

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة وذلك في أربعة مواضع في بيان ركن قطع الطريق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي وفي بيان حكم قطع الطريق

﴿فصل﴾ أما ركنه فهو الخروج على المارة لا أخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور وينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والحجر والخشب ونحوها لان اقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبيب من البعض
بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة القاطع اعنى المباشرة من البعض والاعانة
من البعض بالتسمير للدفع فلم يلحق التسبيب بالمباشرة في سبب وجوب الحد لادى ذلك الى افتتاح باب قطع الطريق
وانسداد حكه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبيب بالمباشرة في السرقة كذا ههنا

فصل وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة وبعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة وبعضها
يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقطوع له وبعضها يرجع الى المقتطوع فيه (أما) الذي يرجع الى القاطع خاصة
فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغافان كان صبييا أو مجنون فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعى
جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يمتلحق به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القاطع صبي
أو مجنون فلا حد على أحد في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذي يلى القطع فكذلك وان كان
غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة في كتاب السرقة (ومنها) المذكورة في ظاهر الرواية حتى لو كانت في القاطع
امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي رحمه الله وقال
النساء والرجال في قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى يقيم الحد عليهم وعلى الرجال (وجه) ما ذكره الطحاوي
أن هذا حد يستوى في وجوبه الذكروا لاني كسائر الحدود ولان الحدان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه
الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القاتل فكذلك كحد الزنا
وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة
لا يتحقق من النساء عادة لرقه قلوبهن وضعف بنيتهم فلا يمكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن في دار الحرب بخلاف
السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود
تتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معاقلا يقيم عليهم الحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله سواء باشر وامعها أو لم يباشروا فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم
يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة تمجد الرجال (وجه) الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس
لعدم الاهلية لانها من أهل التكليف ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا
لم يوجد في الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من أهل
الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبعية ضرورة (وجه) قولهما
أن سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد حصل من يجب عليه ومن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما اذا
كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لمعوم قوله تبارك وتعالى انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع
الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلما أو ذميا فان كان حربيا
مستأمنا لا حد على القاطع لان مال الحربى المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل في عصمته شبهة العدم لانه من أهل دار
الحرب وانما العصمة بمعارض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان في عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق
الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمى لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأييد فتعلق الحد بأخذه
كما يتعلق بسرقة ماله والثاني أن تكون يده حجيحة بأن كانت يده ملك أو بدانة أو يد ضمان فان لم تكن حجيحة كيد
السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

فصل وأما الذي يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون في القاطع ذورحم محرر من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطا في المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ ما لا يحزره عنه الحرز المبني في الحضر ولا السلطان الجارى في السفر فاورث ذلك شبهة في الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع من هو ذو رحم محرم من أحدهم فما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقي وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

فصل في وأما الذي يرجع الى المقطوع له فما ذكر في كتاب السرقة وهو ان يكون المأخوذ مالا متقوماً معصوماً ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقطاع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالحفاظ ليس فيه شبهة العدم نصبا كاملا عشرة دراهم أو متدرا بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لاحد عليهم وقد ذكرنا دلالة هذه الشرائط والمسائل التي تخرج عاينها في كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا قتلوا وان كان مأخوذ كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وهما يتقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا لم يأخذوا المال أصلا قتلوا فاذا أخذوا شيئا من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لم يقتلوا ولم يأخذوا المال أصلا علم أن متهودهم القتل لا المال والقتل جنائية متكاملة في نفسها فيجازى بموتة متكاملة وهي القتل ولم يأخذوا المال وقتلوا دل أن متهودهم المال وانما قتلوا ليمكنوا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جنائية الا اذا كان المأخوذ نصبا كما في السرقة والله تعالى أعلم

فصل في وأما الذي يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام فان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية في دار الحرب فلا يقدّر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينه تدسببا للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفى سائر الحدود في دار الاسلام اذا وجد أسبابها في دار الحرب كذا هذا والثاني أن يكون في غير مصر فان كان في مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهرا أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبي يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان في غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا يحصل بدون الاقطاع والطريق لا ينقطع في المصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهده في زمانه لان أهل المصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجرى عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري عليه الحد لان العوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لا اتصاله بالمصر والآن صار ملتجعا بالبرية فلا يلحق العوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبي يوسف فليس بشرط ويكونون قطع الطريق والوجه ما بيننا فيجب الحد وروى عن أبي يوسف في قطاع الطريق في المصر ان قاتلوا نهرا بسلاح يقيم عليهم الحد وان خرجوا بخشب لم يقيم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق العوث والخشب يلبث فائتوا يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح أو بخشب يقيم عليهم الحد لان العوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحا نهرا أو ليلا في غير مصر أو في مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه وكذلك ان شربه عليه عصا ليلا في غير مصر أو في مصر وان كان نهرا في مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل في هذا ان من قصد قتل

انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شبر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتلته فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان في المفازة أو في المصر وان اشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبيع لقتله القاصد واذا قتلته يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيع قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس في ترك الا باحة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتلته فقد قتل شخصا معصوم الدم على الا بد فيجب القصاص والله تعالى أعلم

فصل في ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي يظهر به البينة أو الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي على ما ذكرنا في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال أما الذي يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل هذا الحكم وفي بيان صفاته وفي بيان محل اقامته وفي بيان من يقيمها وفي بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفي بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لما نفع أما أصل الحكم الذي يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بأخذ المال وقتل فمن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضي الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وفتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبي حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا بنى وقال مالك رحمه الله في قاطع الطريق مخير بين الاجزاية المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الاجزاية فيها بحرف أو وانها للتخيير كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير في مطلق الحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزاد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثاها فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزاء في الجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة وفي الجناية الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية القاصرة بخلاف الم شروع بحقه ان الامة اجتمعت على ان تقطع لو أخذ والمال وقتلوا لا يجازون بالنفي وحده وان كان ظاهر الآية يقتضي التخيير بين الاجزاية الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد في الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما في كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى قلنا اذا القرنين اما أن تعذب واما أن نتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل في نفسه لا اختلاف سبب الوجوب وتأويله اما أن تعذب من ظلم أو تتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحا ألا ترى الى قوله أما من ظلم فسوق نعذبه الآية وأما من آمن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع في نفسه وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الأمرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع أو يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال وإذا لم يمكن صرفت الآية الشريفة الى ظاهر التخيير في مطلق المحارب فاما أن يحمل على الترتيب ويضم في كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كأنه قال سبحانه وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أن أخذوا المال لا غير أو ينقلوا من الارض ان أخافوا هكذا ذكر سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضي الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الاسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وابراهيم النخعي وأما ان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزاية الثلاثية لكن في محارب خاص وهو الذي أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لأن الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا فالحاربة هي القتل والفساد في الارض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الاجزاية من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو ما ذكر سبحانه وتعالى من الحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية الى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضي الله عنهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذوا بالتأويل الاول وهو تأويل الترتيب في المحارب اذا أخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان أخذ المال والقتل جنائية واحدة وهي جنائية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على انهما ان كانتا جنائيتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الله تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل مادون النفس في النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن وكن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لا غير كذا هبنا ولانه لا فائدة في اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصوده وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشترع أبو حنيفة رحمه الله أخذ بالتأويل الثاني وهو التخيير بين الاجزاية الثلاثية في المحارب الذي جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو الحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية وانما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده لانه الآية الشريفة ولكن بحديث سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الافراد ويمكن أن يقال انه يقول في تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الافراد انه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا ان في بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف ولم يبق ههنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التعليل ألا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل في أخذ المال ولا يجمع بينهما في أخذ المال في المصر وكذلك يصلب في القتل وحده ههنا ولم يجب ان يصلب في غيره من القتل في المصر فكذا اجاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

وتعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصلب حياً ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن أبي عبيدانه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي رحمه الله لأن الصلب حيا من باب لمثلة وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن المثلة والصحيح هو الأول لأن الصلب في هذا الباب شرع لزيادة العقوبة تغليظاً والميت ليس من أهل العقوبة ولأنه لو جاز أن يقال بصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة في الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل إذا صلبه الإمام تركه ثلاثة أيام عبدة للخلق ثم يخلى بينه وبين أهله لأنه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النفي في قوله تبارك وتعالى أو ينفوا من الأرض فقد اختلف أهل التأويل فيه قال بعضهم المراد منه وينفوا من الأرض بخذف الالف ومعناه وينفوا من الأرض بالقتل والصلب إذا هوالنفي من وجه الأرض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة في المحارب الذي أخذ المال وقيل إن الإمام يكون مخيراً بين الجزية الثلاثة والنفي من الأرض ليس غير واحد من هذه الثلاثة في التخيير لأن بالقتل والصلب يحصل النفي فكذلك لا يجوز أن يجعل النفي مشاركالاً الجزية الثلاثة في التخيير لأنه لا يترحم القتل لأنه دونه بكثير وقيل نفيه أن يطرد حتى يخرج من دار الإسلام وهو قول الحسن وعن إبراهيم النخعي رحمه الله في رواية أن نفيه طلبه وبه قال الشافعي رحمه الله أنه يطلب في كل بلد والقول أن لا يصح أن لأنه أن طلب في البلد الذي قطع الطريق ونفي غنه فقد أُلقي ضرره إلى بلد آخر وإن طلب من كل بلد من بلاد الإسلام ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعرض له على الكفر وجعله حر بالنا وهذا لا يجوز وعن النخعي رحمه الله في رواية أخرى أنه يجبس حتى يحدث توبة وفيه نفي عن وجه الأرض مع قيام الحياة إلا عن الموضع الذي حبس فيه ومثل هذا في عرف الناس يسمى نفيًا عن وجه الأرض وخروجاً عن الدنيا كما أنشد لبعض الجوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتي

إذا جاءنا السجن يوم الحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فصل ١٠ وأما صفات هذا الحكم فأنواع منها أنه ينفي وجوب ضمان المال والجراحات عمداً كانت الجراحة أو خطأ أما المال فلأنه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات إذا كانت خطأ فلأنها توجب الضمان وإن كانت عمداً فلأن الجناية فيها دون النفس يسلك بهامسلك الأموال ولا يجب ضمان المال فكذلك ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الأصل في كتاب السرقة ومنها أن يجري فيها التدخّل حتى لو قطع قطعاً فرغ في بعضها فقطعت يده ورجله فيأمر برفع فيه كان ذلك للقطع كما في السرقة إلا أن ثمة التدخّل لاحتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وهما التدخّل لعدم المحل والكلام في الضمان فيما يخص فيه ما هو الكلام في السرقة أنه إذا كان المال قائماً برده وإن كان هالكاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة ومنها أنه لا يجرى العفو والإسقاط والبراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل أو قطع أو صلب يستوفي منه سواء عفا الأولياء وأمر باب الأموال عن ذلك أو لم يعفوا وسواء أبرأ منه أو صالحو عليه وليس للإمام أيضاً إذا ثبت ذلك عنده تركه وإسقاطه والعفو عنه لأن الواجب حد والحد وحقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا البراء عنها

فصل ١١ وأما محل إقامة هذا الحكم فنقول محل إقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فإن كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فيحل أقامته النفس وإن كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فيحل أقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ما ذكرنا في كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحد إذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمداً أو مخطئاً وحكم فعل الاجنبى إذا قطع اليد اليسرى خطأ أو عمداً ههنا

مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب السرقة وكذلك القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما في السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى أرباب الاموال شيء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام في هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه في كتاب الحدود

فصل وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها في كتاب السرقة (منها) تكذيب المقطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقطوع عليه البيعة (ومنها) ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدر واعلنهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أي رجعوا عما فعلوا فقدموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله في المستقبل فدل ذلك هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد وتو بته رد المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله في المستقبل ويسقط عنه القطع أصلاً ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى اولياء القتيل ليعقلوه قصاصاً أن كان القتل بسلاح على ما ذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله في المستقبل وهو ان يأتي الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود وانها لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجنائية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفي حد القذف ان كانت شرطاً لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كتب اليه عامه بالبصرة ان حارثة ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى في الارض فساداً فكتب اليه سيدنا علي رضي الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان أخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استرداداً منه جبراً فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ منهم في اظهار التوبة فلا تتحقق توبته والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لما منع فنقول والله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان قائماً وان كان هالكاً أو مستهلكاً فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليعقلوه أو يعفوا عنه ومن قتل بعضاً أو جرح فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الافراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمهما في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوماً أو جرحوا قوماً ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرناه الجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه على القصاص والارش فيلا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخافوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما استطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطيع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيراً لا حداً والتعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا وأخذوا المال أو جمعوا بينهم لان الواجب فيه الحد فدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد ولا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقى اقراره معتبراً في حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب المجنة من الاقرار أو البينة لا شيء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلاً ورأساً بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درأ للحد بالشبهة فبقى معتبراً في حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لما منع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائماً و يضمنون ان كان هالكا أو مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصاً أو حجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان في الحار بين صبي أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذوا المال ضمناً لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعاني رجوعاً في ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الردان كان قائماً بينه ولصاحبه ان يأخذه أيها وجده سواء وجده في يد الحارب أو في يد من ملكه الحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه في كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعاً وفي بيان كيفية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الفرقة الافتتاح به حال شهود الواقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي بيان من يجوز تركه من لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفي بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان أحكام المرتدين وفي بيان أحكام الفرقة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أى طريقة واحدة والثاني الهيئة قال الله سبحانه وتعالى سنعيد هاسيرتها الاولى أى هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الفرقة وهياتهم لمآلهم وعليهم وأما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فلا مرفيه لا يخلو من أحد وجهين إما أن كان النفي عاماً (وأما) أن لم يكن فإن لم يكن النفي عاماً فهو فرض كفاية ومعناه أن يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن إذا قام به البعض سقطت عن الباقي بقوله عز وجل فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعد درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله عز وجل المجاهدين والقاعد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الأحوال كلها لمسا وعد القاعد الحسنى لأن القعود يكون حراماً وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين الآية ولأن ما فرض له الجهاد وهو الدعوة إلى الإسلام وأعلى الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل بقيام البعض به وكذا النبي عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين في الأحوال كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه في حال ولا إذن غيره بالتخلف عنه بحال وإذا كان فرضاً على الكفاية فلا ينبغي للإمام أن يخلي نفراً من النفور من جماعة من الغزاة فيهم غناً وكفاية لقتال العدو فإذا قاموا به يسقط عن الباقي وإن ضعف أهل نفراً عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم وإن عدوهم بالسلاح والكرام والمال لما ذكرناه فرض على الناس كلهم من هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم بحصول الكفاية ببعض فلم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد أن يخرج إلا بذن مولاه ولا المرأة إلا بذن زوجها لأن خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج إلا بذن والديه أو أحدهما إذا كان الآخر ميتاً لأن بر الوالد فرض عين فكان مقدماً على فرض الكفاية والأصل أن كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد أن يخرج إليه بغير إذن والديه لأنهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل له أن يخرج إليه بغير إذنهما إذا لم يضيعهما لانهما لا يضران ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير إذنهما لأنهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا إذا لم يكن النفي عاماً فإذا علم النفي بأن هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من أحاد المسلمين ممن هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى أنفروا خفافاً وثقالاً في النفي وقوله سبحانه وتعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولأن الوجوب على الكل قبل عموم النفي ثابت لأن السقوط عن الباقي بقيام البعض به فإذا علم النفي لا يتحقق القيام به إلا بالكل فبقي فرضاً على الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير إذن مولاه والمرأة بغير إذن زوجها لأن منافع العبد والمرأة في حق العبادات المقرضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزواج شرعاً كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير إذن والديه لأن حق الوالد لا يظهر في فرض الأعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول أنه لا يفترض إلا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لأن الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض على الأعمى والأعرج والزمن والمقعّد والشيخ الهرم والمرضى والضعيف والذي لا يجسد ما ينفق قال الله سبحانه وتعالى ليس على الأعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجسدون ما ينفقون حرج إذا نصحو الله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي والمرأة لأن بنيتهما لا تحمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة إذا جاءهم جمع من المشركين إلا طاقه لهم به وخافوهم فلا بأس لهم أن ينحازوا إلى بعض أمصار المسلمين أو إلى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الرأي وأكبر الظن دون العدد فإن غلب على ظن الغزاة أنهم يقاتلونهم يلزمهم الثبات وإن كانوا أقل عددًا منهم وإن كان غالب ظنهم أنهم يغلبون فلا بأس أن ينحازوا إلى المسلمين ليستعينوا بهم وإن كانوا أكثر عددًا من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهم سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه سلاح

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً إلى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهي المؤمنين عن تولية الادبار عما بقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفوا فلا تولوهم الادبار وأوعده عليهم بقوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان في الكلام تقديم وتأخير أمعناه والله سبحانه وتعالى أعلم يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفوا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة والاستثناء من الخطر اباحة فكان الخطور تولية مخصوصة وهي ان يولى دبره غير متحرف لقتال ولا متحيز إلى فئة فبيعت التولية إلى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الخطر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما نذكره في كتاب الاكره ان شاء الله تعالى و به تبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز إلى فئة خص فيها فلم تكن الآيةان منسوخين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا إلى المدينة وهو فيها أتم السكارون أن فئة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز إلى فئة كزار وليس فرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحتزقت السفينة وخافوا الغرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طرحوأ أنفسهم في البحر لينتجوا بالسباحة وجب عليهم الطرقي ليسبحوا فيتحيزوا إلى فئة وان استوى جانباً للحرق والغرق بان كان اذا قاموا احرقوا واذا طرحوا غرقوا فلم الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا أنفسهم في الماء (وجهه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم في الماء هلكوا ولو أقاموا في السفينة هلكوا أيضاً الا انهم لو طرحوا هلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا هلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب إلى الجهاد فكان أولى (وجهه) قولهما انه استوى الجانبان في الافضاء إلى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالغرق أرقق قوله لو أقاموا هلكوا بفعل العدو وقتلوا ولو طرحوا هلكوا بفعل العدو أيضاً اذا العدو هو الذي ألجأهم إليه فكان الهلاك في الحالين مضاًفاً إلى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالغرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم بمرح فلا بأس بان يمشي إلى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشي إليه بذل نفسه لا عزازدين الله سبحانه وتعالى ونحر يض المؤمنين على ان لا يدخلوا بانفسهم في قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزاً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يندب إليه الامام عند بعث الجيش أو السرية إلى الجهاد فنقول والله التوفيق انه يندب إلى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أمير الان النبي عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشاً الا وأمر عليهم أميراً ولان الحاجة إلى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعدد الرجوع في كل حادثة إلى الامام (ومنها) أن يكون الذي يؤمر عليهم عالماً بالحلال والحرام عدلاً عارفاً بوجوه السياسات بصيراً بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه في خاصة نفسه وبن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أو صاه بتقوى الله سبحانه وتعالى في نفسه خاصة وبن معه من المؤمنين خيراً ولان الامارة أمانة عظيمة فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يأمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشي أجده ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانه طاعة الامام الآن يأمرهم

بمعصية فلا تجوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لا يدرون أين تنفعون به أم لا فينبغي لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه بمعصية لان انبعاث الامام في محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد والله تعالى عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ولا تجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة يابهم فضلا منه ومنه قطعاً لمعذرهم بالسكينة وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما قام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التي لو تأملوها حق التأمل ونظر وافها العرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبقى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبّع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك في الحقيقة لما بينا ولا ان القتال ما فوض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبيان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجّة لازمة والعذر في الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة في الجملة وقدر وى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوه الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة افضل ثم اذا دعوه الى الاسلام فان أساموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا اله الا الله فقد عصم مني دمه وماله فان أبوا الاجابة الى الاسلام دعوه الى الذمة الا مشركي العرب والمتردين لما نذره ان شاء الله تعالى بعد ان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا اعتد الذمة فاعلمهم ان لهم ماله المسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا استعانوا بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستغروا وسعهم وبتوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فابتنوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقتلوه وان لم يبدؤا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان في الاشهر الحرم أو في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع النخيل في صدر الالية الشريفة ونه في آخرها ان ذلك يكون كتباً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزي الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكتبهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة أربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف لاموالهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضر ورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسير أو تاجر فاعتباره يؤدي الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصد ودن بذلك الكفر بدون المسلمين لانه لا ضرورة في القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا
 تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمي اليهم للضرورة اقامة القرص لکنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان
 رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد رحمه الله تجب الدية والكفارة وهو أحد قولي الشافعي
 رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع للضرورة اقامة القرص
 فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة في رفع المؤاخذه لا في نفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له
 تناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذه لا اقامة قرص
 القتال مست الضرورة الى نفي الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة القرص لانهم يمتنعون منه خوفاً من لزوم
 الضمان وایجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة
 لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من تناول لانه لو لم يتناول هلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من تناول
 فلا يؤدى الى التناقض ولا ينبغي للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة
 الدنية تحملهم عليه الا اذا اضطر واليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلو اما ان يكون حال القتال أحوال ما
 بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد
 ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة
 ولا سائح في الجبال لا يخالط الناس وقوم في دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبي فلقول النبي عليه
 الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليداً وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى في بعض غزواته امرأة مقتولة فانكر
 ذلك وقال عليه الصلاة والسلام هاهنا ما أراها قاتلت فلم تقتل ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من
 أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أو دل على عورات المسلمين أو كان
 الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً لوجود القتال من حيث المعنى وقدر روى ان ربيعة بن
 ربيع السلمي رضى الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقنصة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والاصل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل
 وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتخريص وأشباه ذلك على ما
 ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذي يخالط الناس والذي يحن وفيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى
 وأقطع إحدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قتل واحد من ذكرنا لانه لا يحل قتله فلا شيء فيه من دية
 ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي
 ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله في حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله في حال القتال
 اذا قاتل حقيقة أو معنى بباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فانه يباح قتلهما في حال القتال اذا
 قاتلا حقيقة ومعنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلا جماعة من المسلمين في القتال لان القتل بعد
 الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل في حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح
 قتلهما لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم
 ويكره للمسلم ان يبتدىء أباه الكافر الحر بنى بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معر وفأمر سبحانه وتعالى
 بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حفظة رضى الله
 عنه غسيل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة
 والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افتاءؤه يكون متناقضاً فان قصد الاب قتله يذمه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرر ورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يسع تركه في دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على عمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدر واعليه فان قدر واعلى ذلك فان كان المتروك ممن يولده ولد لا يجوز تركهم في دار الحرب لان في تركهم في دار الحرب عون لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولده ولد كالشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأى ومشورة فلا يباح تركه في دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأى فان شأوا تركوه فانه لا مضرة عليهم في تركه وان شأوا أخرجوه لقائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الأسير بالأسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما انه لا فائدة في اخراجهم وكذلك العجوز التي لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حاضرين لا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل على هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون في دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على نقلهم فيكون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدر وا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احرقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيول والرقيق من أهل الذمة وكل ما يستعان به في الحرب لان فيه امدادهم واعانتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربي اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشتري السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام سلاح فاستبدله فينظر في ذلك ان كان الذي استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلاً وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أرداد منه يمكن منه وان كان أحوذ منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر في ذلك ان كان المسكر عظيمًا مأموناً عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان المسكر عظيمًا يقع الامن عن الوقوع في أيد الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأموناً عليه كالسريرة يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع في أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به في دار الحرب تعريضاً للاستخفاف بالمصحف الكريم وماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو ويحول على المسافرة في هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهن الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك في جيش عظيم مأمون عليه غير مكره لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلي العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والايمان والالتجاء الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما يحكم به بكون الشخص مؤمناً والثاني في بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التي يحكم بها بكون الشخص مؤمناً ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتي بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتي بهما مع التبري مما هو عليه صريحاً وبيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم ينكرون الصانع أصلاً وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع وينكرون توحيدهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم وينكرون الرسالة
 رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرن بالصانع وتوحيدهم والرسالة في الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا
 محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثاني فقال لا اله الا الله يحكم
 باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلاً فاذا أقر وأبها كان ذلك دليل إيمانهم وكذلك اذا قال اشهدان محمد
 رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحدة من كلمتي الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أيتهما كانت دلالة الإيمان
 وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه
 المقالة ولو قال أشهد أن محمد رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار به دليل الإيمان وان
 كان من الصنف الرابع فأتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ من الدين الذي
 عليه من اليهودية أو النصرانية لان من هؤلاء من يقر برسالة الرسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى
 العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتياناً بالشهادتين بدون التبري دليل على إيمانه وكذا اذا قال يهودى أو نصرانى
 أنا مؤمن أو مسلم أو قال أمنت أو أسلمت لا يحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والإيمان والاسلام
 هو الذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه قال اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا مسلم أو قال أسلمت
 سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أو النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه
 حتى لو رجع عن ذلك كان مرتداً وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن دينى لم يحكم
 باسلامه ولو قال يهودى أو نصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أو النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم
 لا يمتنعون عن كلمة التوحيد والتبري عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول في دين الاسلام لاحتمال أنه
 تبرأ عن ذلك ودخل في دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبري دليل الايمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك
 فقال دخلت في دين الاسلام أو في دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام لان الاحتمال بهذه القرينة والله
 سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فنحن انما يصلى كتابى أو واحد من أهل
 الشرك في جماعة ويحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه
 (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لو صلحت دلالة الإيمان لما افترق الحال فيها بين حال الاشراد وبين حال
 الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى بجماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى
 نصليها اليوم لم تكن في شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على
 الدخول في دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشر يعتنقها وروى عن محمد رحمه الله
 أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام
 من شهد جنازتنا وصلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهد والله بالإيمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن في مسجد جماعة
 يحكم باسلامه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول
 الاسلام ولو قرأ القرآن أو تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير أن يعتقده حقيقة اذ لا كل
 من يعلم شيئاً يؤمن به كالمعاند من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر في ذلك أن تهيأ للاحرام ولبي وشهد
 المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن في الشرائع المتقدمة فكانت
 مختصة بشر يعتنقها فكانت دلالة الإيمان كالصلاة بالجماعة وان لم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب
 لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة في شر يعتنقها الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام
 ولو شهد شاهدان انهما رآه يصلى سنة وما قالاً رأينا يصلى في جماعة وهو يقول صليت صلوأتى لا يحكم باسلامه لانهم
 يصولون أيضاً فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولو شهد أحدهما وقال رأيت يصلى في المسجد الاكظم وشهد

الآخر وقال رأيت يصلي في مسجد كذا وهو منكرا لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهد من اتفعا على وجود الصلاة منه بمجاعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذايوجب اختلاف المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما في الجبر على الاسلام لافي القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لا اختلاف محل الفعل فاوثر شبهة في القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعاً لأبويه عقل أو لم يعقل ما لم يسلم بنفسه اذا عقل ويحكم باسلامه تبعاً للدار أيضاً والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه في الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين أو أحدهما لانه لا بد له من دين تجري عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما القصور فلا بد وان يجعل تبعاً لغيره وجعله تبعاً للابوين أولى لانه تولد منهما وانما الدار منشأ وعند انهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانها استويا في جهة التبعية وهي التولد والشرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى وبيان هذه الجملة اذا سبي الصبي وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبي مع أبويه واما ان سبي مع أحدهما واما ان سبي وحده فان سبي مع أبويه فإدام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلي عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع أحدهما وكذلك اذا خرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما لم يبتنا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبعية وان أخرج الى دار الاسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعاً له لان الولد يتبع خير الابوين ديناً لم يبتنا وكذا اذا أسلم أحد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وأدخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعاً له لانه جميعها دار واحدة لان تبعية الدار لا تمتزج مع أحد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسلماً لانها في دارين مختلفتين واختلاف الدارين يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية ويصبح اسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يصبح واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفريق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقه مستنبط منه وهو أن الصبي لو أصبح اسلامه اما أن يصبح فرضا واما ان يصبح نفلا ومعلوم أن التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب حرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة ولهذا لم يصبح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصبح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصبح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لثمة وشرها وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاؤا به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فترتب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك وتعالى ولا تشكوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في القروع الشرعية فاما في الاصول العقلية فمنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلائل وبه قول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى اعلم فان الموقوف للايمان حكان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فكيئونه المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خير منها وأما الذي يرجع إلى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها الا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس أصل في التخلق والمال خلق بذله للنفس استبقاء لها فثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعاً الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما ذكره على هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على أموالهم على ما قلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهو له ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ فلا شيء عليه الا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ وعند الشافعي رحمه الله عليه الدية مع الكفارة في الخطأ والقصاص في العمد واحتج بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل في دار الاسلام أو في دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة أو جب سب حانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا لانه جملة جزاء والجزاء ينبي عن الكفاية فاقضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعاً ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة والحاجة إلى الاحياء عند قصص القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند الحاجة ولو لم توجد هنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها حتى ظهر المسلمون على الدار فسا كان في يده من المقتول فهو له ولا يكون فيا الا عبداً يقاتل فانه يكون فياً لان نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذي في يده تابع له من كل وجه فكان معصوماً تبعاً لعصمة النفس الا عبداً يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانه قطع العصمة لا نقطاع التبعية فيكون محلاً للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان في يده مسلم أو ذمي وديعة له فهو له ولا يكون فياً لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوماً فلا يكون محلاً للتملك وأما ما كان في يد حربي وديعة فيكون فياً عند أبي حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوماً والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله لانه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعاً له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لان نفس الحربي غير معصومة فوقوع الشك في العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون في يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعاً له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعاً له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فياً لانهم في حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعاً لآبيه ورقيق تبعاً لأمه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وانه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعاً هذا اذا أسلم ولم يهاجر اليها فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر اليها ثم ظهر المسلمون على الدار اما أمواله ما كان في يده مسلم أو ذمي وديعة فهو له ولا يكون فياً لاذكرنا وما سوى ذلك فهو في علمنا ذكرنا أيضاً وقيل ما كان في يد حربي وديعة فهو على الخلاف الذي ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعاً لآبيهم ولا يسترقون لان الاسلام يمنع انشاء الرق الارقائت حكماً بان كان الولد في بطن الأم وأولاده الكبار فيء لانهم في حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام آبيهم وكذلك زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلماً تبعاً لآبيه ورقيقاً تبعاً لأمه ولودخل الحربي دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما في بطنها في علمنا مسلم في دار الحرب حتى خرج اليها لم تثبت العصمة لانه لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تبين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولودخل مسلم أو ذمي دار الحرب فاصاب هناك ما لا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذي

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر إلينا سواء والله عز وجل أعلم وأما الأمان فنقول الأمان في الأصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضاً أحدهما الأمان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصناً من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنهم والكلام فيه في مواضع في بيان ركن الأمان وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الأمان وفي بيان صفته وفي بيان ما يبطل به الأمان فأما ركنه فهو اللفظ الدال على الأمان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الأمان وما يجري هذا الجري وأما شرائط الركن فأنواع منها أن يكون في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لأن القتال فرض والأمان يتضمن تحريم القتال فيتناقض إلا إذا كان في حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لأنه إذا ذلك يكون قتالاً لا معنى لوقوعه وسيلة إلى الاستعداد للقتال فلا يؤدي إلى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى أن الصبي المراهق الذي يعقل الإسلام والبالغ المختلط العقل إذا أمن لا يصبح عند العامة وعند محمد يصبح (وجه) قوله أن أهلية الأمان مبنية على أهلية الإيمان والصبي الذي يعقل الإسلام من أهل الإيمان فيكون من أهل الأمان كالبالغ (ولنا) أن الصبي ليس من أهل حكم الأمان فلا يكون من أهل الأمان وهذا لأن حكم الأمان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناول ولا من شرط صحة الأمان أن يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها إلا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبي لا شتغاله بالهوى واللعب ومنها الإسلام فلا يصح أمان الكافر وإن كان يقاتل مع المسلمين لأنه متهم في حق المسلمين فلا تؤمن خيانتته ولأنه إذا كان متهماً فلا يدري أنه بنى أمانه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الأمان فيصح أمان العبد المأذون في القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم والذمة العهد والأمان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناول الحديث ولأن حجر المولى يعمل في التصرفات الضارة دون النافعة بل هو في التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى في أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لأنه يتأذى في زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجازه عنه فاشبهه المأذون بالقتال (وجه) قولهما أن الأصل في الأمان أن لا يجوز لأن القتال فرض والأمان يحرم القتال إذا وقع في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لوقوعه وسيلة إلى الاستعداد للقتال في هذه الحالة فيكون قتالاً لا معنى إذا الوسيلة إلى الشيء حكم ذلك الشيء وهذه حالة لا تعرف إلا بالتأمل والنظر في حال المسلمين في قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لا شتغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركاً للقتال المفروض صورة ومعنى فلا يجوز فهذا أمان المأذون لأن المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة إلى القتال فكان إقامة للقرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لأن الأدنى إما أن يكون من الدناءة وهي الخساسة وإما أن يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بما دللنا الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خسارة مع الإسلام والثاني لا يتناول المحجور لأنه لا يكون في صف القتال فلا يكون أقرب إلى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لأنها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى أن سيدتنا زينب بنت النبي المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضي الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الأعمى والزمن والمرضى لأن الأصل في صحة الأمان صدوره عن رأي ونظر في الأحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تقدر فيه ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والاسير فيها والحربي الذي أسلم هناك لان هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للأمان مصلحة ولا نهم متهمون في حق الغزاة لكونهم متهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم أدناهم ولان الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأى الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الأمان فهو ثبوت الأمان للكفرة لان لفظ الأمان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الأمان لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجالهم وسبي نساءهم وذرائعهم واستغنام أموالهم وأما صفة فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازه مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض كان للمصاحبة فاذا صارت المصلحة في النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الأمان فالأمر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الأمان مطلقا واما ان كان مؤقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقتين أحدهما نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغي أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني أن يحبس أهل الحصن بالأمان الى الامام فينقض واذا جازوا الامام بالأمان ينبغي أن يدعوهم الى الاسلام فان أبوا فالى الذمة فان أبوا رددهم الى ما منهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر فان أبوا الاسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بما منهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى ما منهم في الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا الى ما منهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان الأمان مؤقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضى الوقت من غير الحاجة الى النقض ولهم أن يقاتلهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى ما منه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فجاءوا فاستأمنوهم فاما اذا استنزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى واما ان استنزلوهم على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز انزالهم عليه عند أبي يوسف والخيار الى الامام ان شاء قتل مقاتلتهم وسبي نساءهم وذرائعهم وان شاء سبي الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في وصايا الامراء عند بعث الجيش واذا حاصرت مدينة أو حصنا فان أرادوا أن تنزلوهم على حكم الله عز وجل فانكم لا تدرؤن ما حكم الله تعالى فيهم نبي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونبيه عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الامام قضاء بالمجهول وأنه لا يصح وان لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون الى الاسلام فان أجابوا فهم أحرار مسلمون لا سبيل على أنفسهم وأموالهم وان أبوا لا يقتلهم الامام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام أن يبلغهم ما منهم لم يجبه اليه لانه لو رددهم الى ما منهم لصاروا حرا بالنا (وجه) قول أبي يوسف أن الاستنزال على حكم الله عز وجل هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه قوله ان ذلك مجهول لا يدرى المنزل عليه أى حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات ان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم يمنع ذلك قوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه أحد اوقال تبارك وتعالى ان الحكم الا لله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع في الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام لانعدام استقرار الاحكام الشرعية في حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبي يوسف فان خياره الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيلا لا حسد عليهم وعلى أموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضهم الخراج فان أسلموا قبل توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان استنزلهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (أما) ان استنزلهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه (وأما) ان استنزلهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه فحكم عليهم بشئ مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود في قذف جاز بالاجماع لما روى أن بنى قر يظلمنا حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجلا منهم وتقسيم أموالهم وتسبي نساؤهم وذرايعهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صوابا وليس للحاكم أن يحكم بغير ما حكم الله فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا لانهم بالرد يصيرون حريين لنا وان كان الحاكم عبدا أو صبيلا لم يحز حكمه بالاجماع وان كان فاسقا أو محدودا في القذف لم يحز حكمه عند أبي يوسف وعند محمد يجوز (وجهه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولى (وجهه) قول أبي يوسف أن المحدود في القذف لا يصلح حكما لانه ليس من أهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا الفاسق لا يصلح حكما وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاءه ولهذا الورفت قضية الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذميا جاز حكمه في الكفرة لانه من أهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختراروا رجلا فان كان موضعاً للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلا موضعاً للحكم فان لم يختاروا أو بلغهم الامام ما منهم لان النزول كان على شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردم الى ما منهم الا أنه لا يردم الى حصن هو حصن من الاول ولا الى حد يتمتعون به لان الرد الى المأمن للتخرج عن توهم العذر وان يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة في الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فلا امام أن يعين رجلا صالحا للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثاني الموادة وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع القر يقان أى تعاهد على أن لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام في الموادة في مواضع في بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما ينتقض به أماركنها فلو لفظة الموادة أو المسألة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدي معنى هذه العبارات وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادة ترك القتال المقروض فلا يجوز الا في حال وقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ تكون قتالا معنى قال الله تبارك وتعالى ولا تنهوا وتدعوا الى السلم وأتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشرين ولا يشترط اذن الامام بالموادة حتى لو وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادة معصلحة

للمسلمين وقد وجد ولا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جملاً لأن ذلك في معنى الجزية ويوضع موضع الخراج في بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا على ذلك ما إذا اضطروا إليه لقوله سبحانه وتعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقاً فيجوز ببذل أو غير بدل ولأن الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال في الثاني من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائز أو تجوز موادة المرتدين إذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن ذلك في معنى الجزية ولا يجوز اخذ الجزية من المرتدين فإن أخذ منهم شيئاً لا يردلانه مال غير معصوم ألا ترى أن أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لأنه لما جازت موادة الكفرة فلا تجوز موادة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لأن المال المأخوذ على ترك القتال يكون في معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية إلا من كافر (وأما) حكم الموادة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادة على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذرائعهم لا نه عقد أمان أيضاً ولو خرج قوم من الموادة الى بلدة أخرى ليست بينهم وبين المسلمين موادة فعز المسلمون تلك البلدة فهو لا آمنون لا سبيل لأحد عليهم لأن عقد الموادة عساة أقالا ما لهم فلا ينقض بالخروج الى موضع آخر كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة أنه لا يبطل بدخول الذمي دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل في دار الموادة رجل من غير دراهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير أمان فبرأمن لأنه لما دخل دار الموادة بامانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كافياً لأن أن يقتله ونأسره لأنه لما رجع الى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادة فبطل حكم الموادة في حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حرى دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسروا أحد أمن الموادة عين أهل دار أخرى فمزى المسلمون على تلك الدار كان فياً وقد ذكرنا أنه لو دخل اليهم تاجر فهو آمن (وجه) الفرق أنه لما أسرقوا قطع حكم دار الموادة في حقه وإذا دخل تاجر لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادة فهو أنه عقد غير لازم محتمل للنقض فلا مام أن ينبذ اليهم لقوله سبحانه وتعالى وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فإذا وصل التنبذ الى ملكهم فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لأن الملك يبلغ قومه ظاهره إلا إذا استيقن المسلمون أن خبر التنبذ يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لأن الخبر إذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناعداً وتعزيراً وكذلك إذا كان التنبذ من جهتهم بأن أرسلوا النصارى رسولاً بالتنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا إلا إذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذهم منهم ثم بداله أن ينقض فلا بأس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملاً للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقي من المدة من الجمل الذي أخذهم لانهم إنما أعطوه ذلك بمقابلة الامان في كل المدة فاذا فات بعضها لم يرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستقبين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على أنه يجري عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لأن الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز الامام أن ينبذ اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينقض به عقد الموادة فالجمله فيه أن عقد الموادة (اما) ان كان مطلقاً عن الوقت (واما) ان كان موقتاً بوقت معلوم فان كان مطلقاً عن الوقت فالذي ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو التنبذ من الجانبين صريحاً (وأما) الدلالة فهي أن يوجد منهم ما يدل على التنبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادة باذن الامام ويقطعوا الطريق في دار الاسلام لأن اذن الامام بذلك دلالة التنبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق في دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضاً للعهد لأن قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى أنه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما في الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالملك وأهل مملكته على مواد عتهم لا نعدام دلالة النقض في حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقض منهم وان كان مؤقتا بوقت معلوم ينتهي العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى التبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهي بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالمواذعة المؤقتة ففضي الوقت وهو في دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى ما منه لان التعرض له يوم الغدر والتعنير فيجب التحرز عنه ما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان صفة العقد وفي بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهي فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حربا في دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعد ما تقدم اليه في أن يخرج أو يكون ذميا والا حصل أن الحربى اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغي للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضى رأيه ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصير ورته ذميا فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج يختص بالمقام في دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل أن يجبي خراجها لا يصير ذميا لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا شئ الشراء فلم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو اشتأجر أرضا خراجية فزرعها لم يصير ذميا لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميا لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربى المستأمن أرض خراج فزرعها فخرجت زرعافا صاب الزرع آفة لانه لا يصير ذميا لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كأنه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج في أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجوب الخراج ويؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة لانه بوجوب خراج الارض صار ذميا كان عقد الذمة نصا فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربى المستأمنة في دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربى المستأمن في دار الاسلام ذمية لم يصير ذميا (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام في دارنا فلا يصير ذميا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لفعله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى نخلوا سبيهم أمر سبيحانه وتعالى يقتل المشركين ولم يأمر بتخليه سبيهم الا عند توهمهم والاسلام ويجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لعموم النص ويجوز مع المجوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب في حق الجزية لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في المجوس سنوا بهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماعهم والخراج على أراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركى العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركى

المعجم ان أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع في ذلك بل للدعوة الى الاسلام
ليخاطبوا المسلمين فيتاموا في محاسن الاسلام وشرائعه وينظر وافيهما فيروها مؤسسية على ما تحتمله العقول وتقبله
فيدعوهم ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة ارجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع
مشركي العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ما سوى ذلك سخرية
وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر في محاسن الشريعة ليقفوا عليه فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم
الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو المعجم ملحقون بأهل الكتاب
في هذا الحكم بالنص الذي روينا (ومنها) أن لا يكون مرتدافاته لا يقبل من المرتد أيضا الا الاسلام أو السيف
لعول الله تبارك وتعالى تعالى ثلوثهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت في أهل الردة من بني حنيفة ولان العقد في حق
المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحموده
في العقول الا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية في حقه وسيلة
الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصائون فيه مندلم عقد الذمة لما ذكرنا في كتاب النكاح عند أبي حنيفة
هم قوم من أهل الكتاب يشرؤون الزبور وعندهم اقوام يبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الاوثان
فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من المعجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبداً فان وقت له وقتاً لم يصح
عقد الذمة لان عقد الذمة في إفادة المعصية كالحلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا مؤبداً
فكذا عند الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول والله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاماً (منها) عصمة
النفس لقوله تعالى قالوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يدهم صاغروا ونهى سبحانه
وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة ثبتت المعصية ضروره (ومنها) عصمة المال لانها تابعة
لعصمة النفس وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدماؤنا
والكلام في وجوب الجزية في مواضع في بيان سبب وجوب الجزية وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان وقت
الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقط به بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة
وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء
والجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قالوا الذين لا يؤمنون بالله ولا
اليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فنستدعي أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل
القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان
المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان لا أكثر حكم الكل
(ومنها) السلامة عن الزمان والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى
عن أبي يوسف انها ليست بشرط ونجى على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا
من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يفتلون وكذا الفقير الذي لا يعمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون
من أهل القتال (وأما) أمحاب الصوامع فليعلم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل
مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم زرعهام مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه
الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت
الوجوب فأول السنة لأنها تجب لخن الدم في المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ في كل شهر من الفقير
درهم ومن المتوسط درهمان ومن الثني أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول والله التوفيق الجزية على
ضرر بين جزية توضع بالتراضي وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على ألف ومائتي حلة وجزية يضعها الإمام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الإمام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لأن الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيضع على الغني ثمانية وأربعين درهماً وعلى الوسط أربعين درهماً وعلى الفقير المعتل اثني عشر درهماً كذا روى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه إلى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضي الله عنه بحضور من الصحابة من المهاجرين والانصار رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالأجمع على ذلك مع ما أنه لا يحتمل أن يكون من سيدنا عمر رضي الله عنه رأيلان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف في تفسير الغني في هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصيباً يحب في مثله الزكاة على المسلمين وهو ما تئد درهم ففوق فقير ومن ملك مائتي درهم فهو من الاواسط ومن ملك أربعين ألف درهم فصاعداً فهو من الاغنياء لما روى عن سيدنا علي وعبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهم انهما قالاً أربعين ألف درهم فادونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتي درهم إلى عشرة آلاف فادونها فهو من الاواسط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الاغنياء والله تعالى أعلم (وأما ما يسقطها بعد الوجوب فانواع منها) الاسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذي اذا أسلم أومات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تسقط بالموت والاسلام (وجهه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلو الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وأباح جلست عظمتة دماء أهل القتال ثم حقتها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض في الزمان الماضي فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضي الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان في الاسلام لمعاداً ان فعل ولانها وجبت وسيلة إلى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة إلى الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذي فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل إلى الاسلام والا فيكون تناقضاً والشرعية لا تناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والاسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضاً عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الوسيلة إلى الاسلام لان تمكين الكفرة في دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم في الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول إلى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل إلى الاسلام واعدام الكفرة فمعقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فاما ما يجب كذلك في المستقبل واذا صار دمه محقوناً في الماضي فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضي سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبي حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذي تؤخذ منه للسنة المستقبلية ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى مادام ذمياً والمسئلة تعرف بالموايد (١) انها تؤخذ أم لا (وجهه) قولهما ان الجزية أحد نوعي الخراج فلا تسقط بالتأخير إلى سنة أخرى استدلالاً بالخراج الا خروجه وخراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولا أبي حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الا لرجاء الاسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء في الماضي وبقي الرجاء في المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلية والثاني ان الجزية انما جعلت لحقن الدم في المستقبل فاذا صار دمه محقوناً في السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة إلى ذلك كما اذا أسلم أومات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة إلى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الارض غير سديد فان المجوس اذا أسلم بعد مضي السنة لا يسقط عنه خراج الارض ويسقط عنه خراج الرأس بخلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لازم في حقنا حتى لا يملك المسلمون قبضه بحال من الاحوال وأما في حقهم فغير لازم بل

يحتمل الانتفاع في الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أحدها ان يسلم الذي لما سران الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثاني أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد لان الذي اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع فيحاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب وينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذي من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع يحتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبق مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهي دون الكفر في القبح والحرمه ثم بقيت الذمة مع الكفر فرفع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض فتقول والله التوفيق ان أهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يترون يتشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذي بان يجعل على وسطه كشحاً مثل الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضر وبه ويركب سرجاً على قربة يوسه مثل الرمان ولا يلبس طيلساناً مثل طيلسانة المسلمين ورداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ما روى ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجل ركوب ذوى هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصلحك الله تدري من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بنى تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادى في الناس أن لا يبقى نصراني الا عقد ناصيته وركب الا كاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالأجماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون إلى اظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان في اظهار هذه العلامات اظهار نار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التعيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سفكاً من فضة ومعارض عليها يظهر ون وكذا يجب أن تميز نساؤهم عن نساء المسلمين في حال المشي في الطريق ويجب التمييز في الجماعات في الازر فيخالف ازهم از المسلمين لما قلناه وكذا يجب أن تميز الدور بعلمات تعرف بهادورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انهادور الكفرة فلا يدعوه بالمغفرة ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشتررون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام في أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمر والخنازير فيها ظاهر الان حرمة الخمر والخنازير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمة وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف في موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنازير منهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعدمهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر في مكان معد لاظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها في أمصار المسلمين ظاهر اوروى عن أبي يوسف أنى أن منعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنازير لما في الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك في الخنازير ولا يمكنون من اظهار صليبهم في عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك في أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا الوضوء الناقوس في جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجاً منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شيء مما ذكرنا من بيع الخمر والخنازير والصليب وضرب الناقوس في قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك في أمصار المسلمين وهي التي يقيم فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهاراً لشعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص بالمنع بالمكان المعد لاظهار الشعائر وهو المصراع الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمة كالزنا وسائر الفواحش التي هي حرام في دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا في أمصار المسلمين أو في أمصارهم

ومدائهم وقرامهم وكذا المزامير والعيسدان والطبول في الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله في الأمصار والقرى لأنهم يعتقدون حرمة هذه الأفعال كما نعتقد هانحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شيء منها (وأما) أحداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيأصارعون مصرأمن أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة في الإسلام إلا في دار الإسلام ولو أنه دمت كنيسة فلم ينهوا كما كانت لأن هذا البناء حكم البقاء ولم ينهوا أن يستبقوها فلم ينهوا وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخر لأن التحويل من موضع إلى موضع آخر في حكم أحداث كنيسة أخرى (وأما) في القرى أو في موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من أحداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمر والخنازير لما ينهوا ولظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع واظهار بيع الخمر والخنازير لأن المنوع اظهار شعائر الكفر في مكان اظهار شعائر الإسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوماً ونجرب عليهم أحكام الإسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضيهم مثل أراضي الشام مدائن وقرى ورساتيق وأمصاراً لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولا كنهم لو أرادوا أن يحدوا شيئاً منها يمنعون ذلك لأنها صارت مصر من أمصار المسلمين وأحداث الكنيسة في مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعاً فان مصر الامام مصر للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضي الله عنه الكوفة والبصرة فاشتري قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تجل رجل في صومعته منع من ذلك لأن ذلك في معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فما كان فيه كنيسة قد بعة منهم من الصلاة في تلك الكنائس لأنه لما فتح عنوة فقد استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها وأمرهم أن يتخذوها مساكن ولا يبنوا عليها ولا يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصر ولوعطل الامام هذا المصر وتركوا إقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لأهل القرية أن يحدوا ما شاءوا لأنه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب في بيته لأن نصب الصليب كنصب الصنم وتصلي في بيته حيث شاءت هذا الذي ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنازير مصرأ كان أو قرية أو ماء من مياه العرب ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكناً ووطناً كذا ذكره محمد بن فضال لا أرض العرب على غيرها وتطهيرها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وأما الا لاجاء إلى الحرم فإن الحرب إذا التجأ إلى الحرم لا يباح قتله في الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعي رحمه الله يقتل في الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل في الحرم ولا يخرج منه أيضاً وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله في الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعي رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا الإباحة لقتل المشركين في الأماكن (ولنا) قوله تبارك وتعالى أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً هذا اذا دخل مدينتنا اذا دخل مكابراً أو مقاتلاً يقتل لقوله تعالى ولا تقتلواهم عند المسجد حتى يقتلواكم فيه فان قاتلواكم فاقتلواهم ولأنه لما دخل مقاتلاً فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تلا فيا للهتك زجر الغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو أنهم من المسلمين فلا شيء على المسلمين في قتلهم واسرهم والله تعالى أعلم

فصل (وأما) بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول والله التوفيق ههنا ثلاثة أشياء النفل والفيء والغنيمة فلا بد من بيان معاني هذه الألفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والأحكام (أما) النفل في اللغة فعبارة عن الزيادة ومنه سمي ولد الولد نافلة لأنه زيادة على الولد الصليبي وسميت نوافل العبادات لكونها زادات على الفرائض وفي الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تخرج يضاهم على القتال سمي فلان لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيئا فله ربه أو ثلثه أو قال من أصاب شيئا فله أو قال من أخذ شيئا أو قال من قتل قتيلا فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تخرج على القتال وأنه أمر مشروع ومن دواب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبي حرص المؤمنين على القتال الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغنائم عن النفل أصلا لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة في ذلك ففعله مع سرية جائز لان المصلحة قد تكون فيه في الجملة ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التخرج يض على القتال يتحقق في الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته التي ركبها وسرجها وآلاتها وما كان معه من مال في حقيبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشتراك في قتل رجل كان السلب بينهما فان بدأ أحدهما فضر به ثم أجهزه الآخر بان كانت الضربة الاولى قد أثنخته وصيرته الى حال لا يتأثر ولا يعين على القتال فالسلب للاول لانه قتل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصير الى هذه الحالة فالسلب للثاني لانه قتل الثاني ولو قتل رجل واحد قتيلا أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام في التنفيل ان قال في جميع ذلك منكم لا يدخل لانه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيئا فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان قتله مدبراً منهزماً لم يختص بسلبه وان قتله مقبلاً لم يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلاً لم يقاتل بقله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله مولياً منهزماً ما قاتل بقله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضي الاستحقاق للكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغي أن لا يجوز الا انما استحسن الجواز بالنص وهو قوله تبارك وتعالى يا أيها النبي حرص المؤمنين على القتال والتنفيل تخرج على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غنا وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعرض النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لانه محتمل انه نصب ذلك القول شرعاً ومحتمل أن يكون نصبه شرطاً ومحتمل أنه نفل قوماً باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأرضاً ميتة فهي له انه لم يجعله أبوحنية حجة للملك الارض الحية بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة في يد الغنائم فاذا حصلت في أيديهم فلا نفل لان جواز التنفيل للتخرج يض على القتال والا يتحقق الا قبل اخذ الغنيمة فان قيل أليس أنذر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب أنه محتمل أنه عليه الصلاة والسلام إنما نفل من الخمس أو من الصفي الذي كان له في الغنائم ومحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فسماه الراوى غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيل فنوعان أحدهما اختصاص النفل بالنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لان الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين الغنائم والنفل مأخوذه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشاركه النفل له الغزاة في أربعة اقسام ما أصابوا لان الاصابة والجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقي عنه فبقى حق الكل متعلقاً بما وراءه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) التي أفهواسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين والأموال المأخوذة على موادة أهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة أذى للمأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان في رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصة له وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي جعله في الكراع والصلاح ولهذا كانت فدك خالصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم إذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضي الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فدك لما بلغهم أهل خيبر أنهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلبهم ويحقق دماءهم ويخولوا بينه وبين أموالهم بعثوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فدك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الأئمة في المال المبعوث اليهم من أهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما اشرك قومه في المال المبعوث اليه من أهل الحرب لان هيبة الأئمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لابعائه كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهرين لذلك كان له ان يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا دخل حربى في دار الاسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون فيا لجماعة المسلمين ولا يختص به الا اخذ عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يكون للاخذ خاصة (وجه) قولهما ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة فيختص عليك كما اذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سارية من أهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملككم والدليل عن ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء هو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الاخذ خاصة وأهل الدار ان كانت لهم يد لكن يد حكيمة ويد الحربى حقيقة لانه حر والحربى في بد نفسه واليد الحكيمة لا تصلح مبطله لليد الحقيقية لان ادواتها وقض الشىء بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الاخذ فيد حقيقة وهى محقة ويد الحربى مبطله فجاز ابطالها بها (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه انه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا لكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما قلنا ذلك لانه كلما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لان الدار فى أيديهم ففى الدار يكون فى أيديهم أيضا ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانين فى الغنائم ماداموا فى دار الحرب كذا هو بقوله يد أهل الدار يد حكيمة ويد الحربى حقيقة فلا تبطلها قلنا ويد أهل الدار حقيقة أيضا لان المعنى من اليد فى هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الانساب والالات ولا هل الدار آلات سليمة لو استعملوها فى التصرف عليه لحدثت لهم بمجرد العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع ماله اذا ثبت يد الاخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لان يده يد أهل الدار لان أهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذوبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذ واحد منهم شيئا من أموال الكفرة فان المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان اذا التقتا فى دار الاسلام فاخذ منها سارية الامام فانما اختصوا بملككم بالحاجة والضرورة وهى ان بالامام حاجة الى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذا الكفرة يصدون دار الاسلام والدخول فى حدودها بغتة فاذا علموا بيعت السرايا وتمييزهم للذب عن حريم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلم يختصوا بالمأخوذ لما اتقاد طبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا قل الامام سرية فاصابوا شيئا يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة لانه لا يتقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بز يادة من المصائب بالتنفيل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فمن
 أي حنيفة رضى الله عنده وابتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ
 عنوة وقهر أو بأجاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله في أيديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة
 فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد وابتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده
 يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم ولودخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ
 ثم أخذه واحده من المسلمين يكون فيأجاعة المسلمين أيضا عند أي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيلا لا حده عليه
 وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند أي حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انقد سبب الملك فيه لوقوعه في
 يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان
 حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على ما مر ولو رجع هذا الحربي الى دار
 الحرب خرج من ان يكون فيأجاعة اما عند أي حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لا يتأكد الا بالاخذ حقيقة
 ولم يوجد واما عندهما فلان لم يثبت الملك أصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا اقلعت واحده من
 الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحقيق بمنعهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا ولو ادعى هذا الحربي بامان لم
 يهمل قوله عند أي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والامان عارض مانع
 من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الابحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا
 قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الاخذ اني امنته لم يقبل قوله عند أي حنيفة
 وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير
 منهم في حق نفسه ولودخل هذا الحربي الحرم قبل ان يؤخذ فوفى عند أي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه
 لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان
 الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيأجاعة الا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لكنه
 لا يعظم ولا يسق ولا يؤوى ولا يبيع حتى يخرج من الحرم ولو آمنه رجل من المسلمين في الحرم أو بعد ما خرج من
 الحرم قبل ان يؤخذ لم يصب عند أي حنيفة وعندهما يصب ويرد الى مأمته لان عنده صار فيأجاعة المسلمين بنفس
 دخول دار الاسلام وعندهما لا يصب فيأجاعة الا بحقيقة الاخذ فاذا آمنه قبل الاخذ يصب ولا يصب بعده لانه مرفوق ولو
 أخذه رجل في الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيأجاعة المسلمين عند أي حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده
 فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فلا خذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ
 وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه
 في الحرم ولم يخرج منه فينبغي ان يخلى سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم مادام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة
 فالكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم وفي بيان مكان قسمة
 الغنائم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفي بيان كيفية قسمة الغنائم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا
 اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة
 المنعة أو بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط
 له المنعة أصلا وبيان ذلك في مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم
 بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة
 حقيقة واقل المنعة أربعة في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاحباب أربعة وروى عن أبي يوسف
 انها تسعة ولودخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة في ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنفعة أصلاً وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمنعم في اللغة اسم لال أصيب من أموال أهل الحرب وأوجب عليه المسلمون بالخيول والركاب وكذا إشارة النص دليل عليه وهي قوله سبحانه وتعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه ما لم يوجب عليه المسلمون بالخيول والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال أهل الحرب بالخيول والركاب لا يكون الا بالمنفعة اما حقيقة أو دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه الاخذ على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا فيختص به الاخذ كالصيد الا ان اخذاه جميعاً فيكون المأخوذ بينهما كالأخذ اصيداً اما عند وجود المنفعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنفعة فظاهرة وكذا دلالة المنفعة وهي اذن الامام لانه لما اذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعاً بالجيش الكثيف معني فكان المأخوذ مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهو الفرق ولواجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والاخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ما هو الحكم عند الانفراد انه ان تقرر لكل فريق باخذ شيء فلكل فريق مأخذ كما لو اقر لكل فريق بالدخول فاخذ شيئاً فان اشترك الفريقان في الاخذ فالماخوذ بينهم على عدد الاخذين ثم ما أصاب المأخوذون لهم الخمس ويكون أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الاخذ وغير الاخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا خمس فيه فيكون بين الاخذين ولا يشاركون الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فما أصاب واحدا منهم أجمعاتهم الخمس وأربعة أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنفعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة ثم لحقتهم لص أو لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام ثم لقوا قتالا وأصابوا مالا وأصابوا غنائم فما أصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما أصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقتهم المددانه يشاركون فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصل بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحوق حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولو أخذ واحد من الجيش شيئاً من المتاع الذي له قيمة وليس في يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد انما أخذه بمنعة الجاعة وقوتهم فكان مالا مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن ذلك الشيء في دار الحرب وفي دار الاسلام قيمة فهو له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمناع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو أخذ شيئاً له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أو غيرها رده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشيء متقوقماً فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يؤخذ على موادعة أهل الحرب لانه ليس بما أخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لا خمس فيه لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فاقتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه مأخوذاً على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع فانه خمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضي فللاامام فيها خيار ان شاء خمسها ويقسم الباقي بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها في يدها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا يحمل الذمة بان كانوا من أهل الكتاب أو من مشركي العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم وهذا عندنا وعند

الشافعي رحمه الله ليس للإمام أن يترك الأراضى في أيديهم بالخراج بل يقسمها (وجه) قوله أن الأراضى صارت ملكاً للفرقة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم إبطاً للملك الفرقة فلا يملكه الإمام كالمتاع (ولنا) إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الأراضى في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضهم الخراج بمحض من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فكان ذلك إجماعاً منهم وإما الرقاب فالإمام فيها بين خيارين ثلاث إن شاء قتل الأسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبى النساء والذرية لقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الأعناق وهذا بعد الأخذ والأسر لأن الضرب فوق الأعناق هو الأمانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حال القتال ويقدر عليه بعد الأخذ والأسر وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم إلى السداء وأشار سيدنا عمر رضي الله عنه إلى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار مانحني الأعمار أشار عليه الصلاة والسلام إلى أن الصواب كان هو القتل وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر و بقتل هلال بن خطل ومقيس بن صباة يوم فتح مكة ولأن المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للإمام ذلك وإن شاء استرق الكل فخمسمهم وقسمهم لأن الكل غنيمة حقيقية لخصولها في أيديهم عنوة وقهراً بإيجاف الخيل والركاب فكان له أن يقسم الكل الأرجال مشركي العرب والمتردين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجه) قوله أنه يجوز استرقاق مشركي المعجم وأهل الكتاب من المعجم والعرب فكذا استرقاق مشركي العرب والمتردين وهذا لأن الاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم إلى قوله سبحانه وتعالى فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولأن ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركي المعجم للتوسل إلى الإسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركي العرب والمتردين على نحو ما بينا من قبل وإما النساء والذرية منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركي المعجم وذريةهم لأن النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذريةهم ومن صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المتردين من العرب وذريةهم وإن شاء من عليهم وتركهم أحراراً بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق الأمشركي العرب والمتردين فإنه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق ما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل أن يجعلهم الإمام ذمة لم تميز شهادتهم لأنهم أهل الحرب فإن جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لأن شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلاً وليس للإمام أن يمن على الأسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لأنه لو فعل ذلك لرجع إلى المنعة فيصير حرراً بائناً فان قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطل من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله أما لأنه لم يثبت أنه ترك بالجزية أم بدونها فاحتمل أنه تركه بالجزية أو بعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا كرهة للمسلمين ويجوز لمن لذلك لأن ذلك في معنى الجزية فيكون تركه بالجزية من حيث المعنى وهل للإمام أن يفادي الأسارى أم المفسادة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي لا يرجع له ولدتجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المفادات بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما منا بعدوا فامفدوا وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) أن قتل الأسرى ما موربه لقوله تعالى فاضربوا فوق الأعناق وأنه منصرف إلى ما بعد الأخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل إلى الإسلام فلا يجوز تركه إلا ما شرع له القتل وهو أن يكون وسيلة إلى الإسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز

ترك المقر وض لاجله ويحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للقرض معنى لا تركاله ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنفعة فيصبرون حراً علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجي منه ولد فجاز فداؤه بالمال ولكننا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير ان الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية في أهل الكتاب فيمن عليهم بعد أسيرهم على ان يصيروا كرامة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بأهل خيبر أو ذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بأهل السواد ويسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي فعوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء ناراً مانحى الا عمر رضى الله عنه بدل عليه قوله تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يشخن في الارض على أحد وجهى التأويل أى ما كان لنبى أن يأخذ الفداء في الاسارى حتى يشخن في الارض أى حتى يغلب في الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك يغلب في الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصاروا حرباً على المسلمين فلا تتحقق الغلبة ويحتمل أن المفاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضر بوافوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لخطر المفاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحي وعمل باجتهاده أى لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحد على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحي والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجوز مفاداة أسارى المسلمين بالدرهم والدنانير والياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا فسادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن في المفاداة نقاذ المسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولا بى حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضر بوافوق الاعناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة القرض وهو التوصل الى الاسلام لانه لا يكون تركه معنى وهذا لا يحصل بالمفاداة ويحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا وما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنفعة فيصبرون حراً على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المفاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز في الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك (وجه) قول أبى يوسف أن المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز في الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة إنما الثابت حق غير مقرر فجاز أن يكون محتسماً لا بطل بالمفاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى ويؤخذ بده رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغي أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بنى قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمثلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام في وصايا الامراء ولا تمثلوا ولا يبنى للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيئاً والا فضل

أن يأتي به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالنسب أو بالا حلال على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ أو شك في بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذي لا يعقل لما بيننا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسيراً في دار الحرب أو في دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شيء فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمه معصوماً فكان مضموناً بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالخروج المستامن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام في الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان فيهم ان شاء استرقهم فقسّمهم وان شاء تركهم أحراراً بالذمة ان كانوا يحمل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما لا يرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فنقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهي ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردّها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز في دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبني على أصل وهو أن الملك هل يثبت في الغنائم في دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلاً فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن يتعقد سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولاً واحداً وفي حال فور الهزيمة قولان ويبنى على هذا الاصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلف واحد من الغانمين شيئاً من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيئاً من الغنائم لا حاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب مجاز فغير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا يجوز عندنا وعنده تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة قسمها فذمت قسمته بالاجماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاءه في محل الاجتهاد بالا جتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعي رحمه الله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بني المصطلق في ديارهم وقسم غنائم بدر بالجرأة وهي وادي من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبي عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استيلاً لا بالاستيلاء على الخطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتاً لهم والملك متى ثبت لا يزول الا بالزلة أو بخرج المحل من أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعاً للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (واما) قدرة الكفرة على الانتفاع بما لهم فلان الغزاة ماداموا في دار الحرب فلا استرداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالاً على السواء والملك كان ثابتاً لهم فلا يزول مع الاحتمال وأما الاحاديث فاما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

بمع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للفرقة في الغنائم في دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها من غير حاجة على ما ذكره ولو لا تعلق الحق لجازلانه يكون مالا مباحا وكذا الوضع واحدا من الفرقة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة في درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضا لانه بالوطء أتلّف جزأ من منافع بضعها ولو أتلّفها لا يضمن فهنا أولى ولا يثبت النسب أيضا لو ادعى الولد لان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا الواسم الاسير في دار الحرب لا يكون حرا او يدخل في القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل في القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق به حق أحد فكان الاسلام دافعا للحق لا رافعا لياه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأ كدالحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعم سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف وتقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو اعتق واحدا من الغانمين عبد آمن المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان تقاذلا اعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يحتمل الاعتاق لكنه يحتمل الارث والقسمة ويكفي لا يجاب الضمان واقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد استحسانا لما بينا ان ثبات النسب وأمومية الولد يثبتان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضمونا بالتلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم في نصيبه لان القسمة افراز الانصاء وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد في سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ اعتاقه لان الاعتاق صادف مكا خاصا فاما اذا وقع في سهم جماعة منهم عبد فاعتقه أحد هم ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبي يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظري في خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى العدد والصحيح نظري في حنيفة لان القسمة تميز وتعين فكانت قاطعة لعوم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظري في ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الامر بحق غير مقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق مقرر يجري مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصا فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها في يد الآخرين قبل القسمة أخذوها بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاءوا كما في سائر أموالهم التي استولى عليها العدو ثم وجدوها في يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فلا يخرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام أو حق مقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين ففيه روايتان ذكر في الزوائد أن الاولين أولى وذكر في السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزوائد ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن نقض الحق بالحق جائز لان الشيء يحتمل الانتقاض بمثله كما في النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت مقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصجاب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس في الملك فكان ينبغي ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصا (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

في دار الاسلام فالغنم للاولين سواء قسمها الآخرون أو لم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم في حكم يد الاولين مادامت في دار الاسلام فكان الآخرون أخذوه من أيدي الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا في دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة في محل الاجتهاد فتنفذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك في الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهي الاقال فحل هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبي حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالاً بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهي ان الامام اذا نقل قتال من أصاب جارية فتهى له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها في دار الحرب بحبيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبي حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك في الاقال بالاجماع واختلافهما في تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف في ثبوت الملك لانه كما ظهر الاختلاف بينهما في النقل فقد ظهر الاختلاف في الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم في دار الحرب فاصاب رجلاً جارية فاستبرأها بحبيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام بيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشتري بحبيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا في الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شيء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك في النقل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تحت وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سبب الضرورة وفي الغنائم المقسومة ضرورة وهي خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى إخراج نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في الاقال لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لومات المنفل له يورث نصيبه كالأومات بعد الاحراز بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك في النقل لا يقف على الاحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر في حق حل الوطء عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلاً ألا ترى ان حل الوطء قد تمتنع مع قيام الملك لسوارض من الحيض والنفاس والحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم لم يثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك مترزّل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائماً ومتى استردوا يرتفع السبب من حين وجوده ويتحقق بالعدم اما من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام وبيعه اذ رأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة وبيعه نافذاً مفيداً للملك في هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه في موضعين (أحدهما) في بيان ما ينتفع به منها (والثاني) في بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أو غنياً العموم الحاجة الى الانتفاع بذلك في حق الكل فانهم لو كفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وإياهم ومقامهم فيها لوقفوا حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فستطاعت حرق كل واحد من الغنائم في حق صاحبه والتحقق بالعدم شرعاً والتحقق هذه الحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولاً مثل السمّن والزيت والخل لا

بأس أن يتناول الرجل ويدهن به نفسه ودابته لأن الحاجة إلى الانتفاع بهذه الأشياء قبل الإحراز بدار السلام لازمة وما كان من الأدهان لا يؤكل مثل البنفسج والخيرى فلا ينبغي أن ينتفع به لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغي أن يبيعوا شيئاً من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عرض لأن إطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحاقها بالعدم للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في البيع ولأن محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمالك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فإن باع رجل شيئاً رد الثمن إلى الغنيمة لأن الثمن بدل مال يتعلق به حق الغنمين فكان مردوداً إلى المغنم ولو أحرزوا شيئاً من ذلك بدار السلام وهو في أيديهم وإن كانت لم تقسم الغنائم ردوها إلى المغنم لا ندفاع الضرورة وإن كانت قد قسمت الغنيمة فإن كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وإن كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقتله فاشبه القطة والله سبحانه وأعلم هذا إذا كانت قائمة بعد القسمة فإن كان انتفع بها بعد القسمة فإن كان غنيا تصدق بقيمته على الفقراء لأنه أكل مالاً لو كان قائماً لكان سبيله التصديق لكونه مالا يتعلق به حق الغنمين وتعذر صرفه إليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وإن كان فقيراً لم يحب عليه شيء لأنه أكل مالاً لو كان قائماً لكان له أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما مسوى المأكول والمشروب والخطب فلا ينبغي أن ينتفعوا به لأن حق الغنمين متعلق به وفي الانتفاع بإبطال حقهم لأنه إذا احتاج إلى استعمال شيء من السلاح أو الدواب أو الثياب فلا بأس باستعماله بأن اقتطع سيفه فلا بأس بأن يأخذ سيفاً من الغنيمة فيقاتل به ولكنه إذا استغنى عنه رده إلى المغنم وكذا إذا احتاج إلى ركوب فرس أو لبس ثوب إذا دفع حاجته بذلك رده إلى المغنم لأن هذا موضع الضرورة أيضاً لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى أنه لو أراد أن يستعمل شيئاً من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانتها فلا ينبغي له ذلك لأن عدم تحقق الضرورة وهكذا إذا ذبحوا البقر والغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود إلى المغنم لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه لا ينتفع بها إلا الغنمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيئاً من الغنيمة إلا بثمن لأن سقوط اعتبار حق كل واحد من الغنمين في حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة في حق غيرهم وللغنمين أن يأكلوا ويطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لأن اتفاق الرجل على هؤلاء عاقل على نفسه لأن نفقتهم عليه والاصل أن كل من عليه نفقته أنه أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لأن نفقته على نفسه لا عليه وللرأة إذا دخلت دار الحرب لداواة المرضى والجرحى أن تأكل وتطبخ دابتها وتطعم رقيقها لأن المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغنمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم وبيان مصارفها فنقول وبالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لأربابه وأربعة أسهمها للغنمين أما الخمس فالكلام فيه في بيان كيفية قسمة الخمس وفي بيان مصرفه فنقول لا خلاف في أن خمس الغنيمة في حال حياة النبي عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبي عليه الصلاة والسلام وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لآبناء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول ولذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وإضافة الخمس إلى الله تعالى يحتمل أن يكون لكونه مصروفاً إلى وجوه القربى التي هي لله تبارك وتعالى وهي قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذوي القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة إلى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع إقامة العبادات والقربى التي هي لله تعالى ويحتمل أن يكون تعظيماً للخمس على ما والاصل في إضافة جزئية الأشياء إلى الله سبحانه وتعالى أنها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله ناقة ذاته وبيت الله ويحتمل أن يكون لخلوصه لله تعالى بخروجه عن تصرف الغنمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والله الملك في كل الأيام كما لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه لا تقطع تصرف الا غيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماءنا رحمهم الله انه يسقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعى رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لا شتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمهم اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصني الذي كان له خاصة والنبي وهو المألية الذي لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد خصوص من النبي والصني فكذلك يجب أن لا يكون لاحد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده بحقه أنه لو بقي بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انما معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعى رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بني هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فملى الوجه الذي كان بقي واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقيرهم وحاجتهم لا لقراءتهم وقد بقي كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوزهم من الخمس أيضا لما لحظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من فقراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لبناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شيء وعند الشافعى رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احصى الشافعى رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة وللرسول ولذى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهما لذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهما من ذوى القربى ولم يعرف له ناسخ في حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن في كتاب السيران سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لبناء السبيل بحضور من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعهم على ذلك وبه تبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام في فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضي الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذى القربى سهما فنعم لكن الكلام في أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقرابين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم لفقيرهم وحاجتهم أولقرايتهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقيرهم لا لقرايتهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد في أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحصل لي من غنائمكم ولا وزن هذه البرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمحيط فان الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشيء من الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سبيلهم سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق من سهام الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم شيئا بل لتعيين المصروف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كما في الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام في الاربعة الانحاس في موضعين في بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفي بيان مقدار الاستحقاق أما الاول فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أو لم يقاتل لان الجهاد والقتال ارباب العدو وهذا كما يحصل بمباشرة القتال يحصل بثبات القدم في صف القتال رد المقاتلة خشية كرا العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب بدر كانوا اثلاثاً ثلث في نحر العدو يقتلون ويأسرون وثلث يجمعون الغنائم وثلث يكونون ردا لهم خشية كرا العدو عليهم وسواء كان مريضاً أو صحيحاً شاباً أو شيخاً حراً أو عبداً أو ذوا بال القتال لانهم من أهل القتال (فاما المرأة والصبي والمقل والذي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على الصبي والذي أصلاً ولا يجب على المرأة والعبد الا عند الضرورة وهي ضرورة عموم النفي ولذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطي العبيد والصبيان والنسوان سهماً كاملاً من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لانهم لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل مع العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلاً ولا سهم للاجير لانعدام الدخول على قصد القتال فان قاتل نظر في ذلك ان ترك الخدمة فقد دخل في جملة العسكر وان لم يترك فلا شيء له أصلاً لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول والله التوفيق المقاتل اما ان يكون راجلاً (واما ان يكون فارساً فان كان راجلاً فله سهم واحد وان كان فارساً فله سهمان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعي رحمه الله وروايات الاخبار تعارضت في الباب روى في بعضها انه عليه الصلاة والسلام قسم للفرس سهمين وفي بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم الا أن رواية السهمين عاضدها القياس وهو ان الرجل أصل في الجهاد والفرس تابع له لانه آلة ألا ترى ان فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعاً في باب الجهاد ولا يجوز تنفيل التبع على الاصل في السهم وأخبار الآحاد اذا تعارضت فالعمل بما عاضده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى فيه العتيق من الخيل والفرس والبرذون لانه لا فضل في النصوص بين فارس وفارس ولا ان استحقاق سهم الفرس لحصول ارباب العدو به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند أبي يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الغازي تقع الحاجة له الى فرسين يركب أحدهما ويجنب الآخر حتى اذا أعيا المركوب عن الكر والفر تحول الى الجنبية (وجه) قولهم ان الاسهام للخيل في الاصل ثبت على مخالفة القياس لان الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذلك الخيل الا ان الشرع ورد به كفرس واحد فالزيادة على ذلك ترد الى أصل القياس على ان ورود الشرع ان كان معلولاً بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الارهاب بدليل انه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع أن معنى الارهاب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف في حال المقاتل من كونه فارساً أو راجلاً في أى وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم وقت شهود الوقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعي رحمه الله يعتبر وقت شهود الوقعة حتى ان الغازي اذا دخل دار الحرب فارساً فأت فرسه أو ثمر أو أخذ العدو فله سهم الفرس ان عندنا وعند له سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً

وقال تعالى عز شأنه واعلموا انما غنمتم من شيء وقال جلت عظمته وكبرياؤه وعدمكم الله مغانم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذ يمدكم الله احدى الطائفتين انهما لكم وغير ذلك من النصوص والذي جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجه أرباب العدو وانه جهاد والدليل على انه أرباب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولأن دار الحرب لا تخلو عن عيون الكفار وطلانهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هربا إلى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال أرباب العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة وكبتهم لأن وطء أرضهم وعقر دارهم مما يفيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يظنون موطناً يغنيهم الكفار وفيه قهرهم وما للجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لا عزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارساً على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارساً فله سهمان ومن جاهد راجلاً فله سهمان والرجالة بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهمان وأما من سجدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة بان وقع القتال في دار الاسلام أو في أرض فتحت عنوة وقهراً ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم في الغنيمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلاً ثم اشترى فرساً أو استأجر أو استمار أو وهب له فله سهمان الرجل عندنا لا اعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له سهمان لا اعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله في هذه الصورة اذا قاتل فارساً فله سهمان فارس وعلى هذا اذا دخل فارساً ثم باع فرسه أو أجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهمان راجل ذكره في السير الكبير وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان له سهمان فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المجاوزة فارساً على قصد القتال دليل الجهاد فارساً وما لباع فرسه تبين انه لم يقصده الجهاد فارساً بل قصد به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لأن البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لأن الغاى لا يبيع فرسه ذلك الوقت لقصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامه ما في وسعه وامكانه والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان أصل الحكم والثاني في بيان كفيته أما الاول فنقول لا خلاف في أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما في أيديهم لا يصير ملكاً لهم وعليهم ردها إلى أربابها بغير شيء وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فأخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شيء لأن قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم في دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لأن قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه إلى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف في انهم أيضاً اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتيبهم انهم لا يملكونهم وان أحرزهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماءنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبداً فاعتقه الحر بنى أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولوا هاجز ذلك خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لأن عصمة مال المسلم تاجه في حقهم لانهم يحاطبون بالحرمة اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفوا في العبادات والاستيلاء يكون محظوراً والمحظور

لا يصلح سبباً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كن استولى على الخطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فزول العصمة ضرورة بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في المحل وقد زال ذلك بالا حراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافق به واقفه فقد لا يظفر به ولو ظفر به قلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذوبون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيد نافهوا على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتملك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمدرين والمكاتبين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوه بدار الحرب فاما اذا أبى عبد أو أمة ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التي نذت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التي استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسألة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبي حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمدرين والمكاتبين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية في هذا الحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغائبين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا في المسألة المتقدمة فزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغي ان يزول الرق ايضاً لانه بقي شرعاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والا لم يثبت ثبوت الملك وبخلاف الآبق المتردد في دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغي ان يثبت الملك للمحال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار لما منع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع زوال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله في اثبات الملك والمالك لا يثبت الا في المال فبقيت المالية ضرورة المراء هنا لا استيلاء حال كونه مالا أصلاً وبعد ما وجد الاستيلاء لمالية زوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجهه حق الاعادة اما بعوض أو بغير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فأخذوها وأحرزوها بدار الاسلام فان وجد المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شيء سواء كان من ذوات القسيم أو من ذوات الامثال وان وجدته بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذه لا أخذه بمثله فلا يقيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الأخذ بالقيمة مراعاة للجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض وجانب الغائبين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الأخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة للحقين بخلاف ما اذا وجدته قبل القسمة انه يأخذه بغير شيء لان الثابت للغائبين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد أو المالك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقدر وي أن يعبراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه في المقم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربى باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

المالك فيق كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أو مكاتباً أو ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الى دار الاسلام
أخذه المالك القديم بغير شيء قبل القسمة وبعدها لانه حر من وجهه والحر من وجهه أو من كل وجه لا يحتمل التملك
بالاستيلاء ولهذا لا يحتمله بسائر أسباب الملك فاذا حصلوا في أيدي الغائبين وجب ردهم الى المالك القديم ولو وهب
الحر بي مامله بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء لان فيه نظر للجانبين على ما بينا
وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أو خنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية
الخنزير والخنزير لم تصح فكان هذا بيعاً فاسداً أو البيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كأنه اشتراه بقيمته ولو لم يكن
العوض فاسداً أخذه بالثمن الذي اشتراه به ان شاء ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الأخذ عند اختلاف الجنس
مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا بالان الرافض
مال قصداً استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق الإعادة الى قديم
ملكه فلا يتحقق الرابوان كان اشتراه بجنسه بمثل قدر ألا يأخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل
آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له ان ينقض البيع الثاني ويأخذ بالثمن الاول من
المشتري الاول في ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله في النوادر ان المالك بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذه
بالثمن الاول وان شاء أخذه بالثمن الثاني (وجهه) رواية النوادر ان أخذ المالك القديم تملك ببديل فاشبهه حق الشفعة
ثم حق الشفعة مقدم على حق المشتري فكذلك الحق والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق
من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم في الحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وانما
الثابت له حق الإعادة وانتهى معنى في الحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفعة
يملك نقض المشفوع فية تنقض الأخذ بالشفعة بتلك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم
بشراء المأسور وترك الطلب زماناً لا يبطل حقه لان هذا الأخذ ليس في معنى الأخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على
سبيل الموائمة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على الموائمة وكذلك
هذا الحق يورث في ظاهر الرواية حتى لو مات المالك القديم كان لورثته أن يأخذه وعلى قياس ما روى عن محمد
رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الأخذ ليس ابتداء تملك بل
هو إعادة الى قديم الملك بخلاف الأخذ بالشفعة وحق الإعادة الى قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب
وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشترى المأسور
رجل فادخله دار الاسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فادخله دار الاسلام فالمشتري الاول أحق من
المالك القديم وليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني لانه لا أسر من يد المشتري الاول نزل المشتري الاول
منزلة المالك القديم فكان حق الأخذ له لكن اذا أخذه المشتري الاول فللمالك القديم أن يأخذه بالثمنين ان شاء أو
يدع لانه لما أخذه المشتري الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكانه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الا سرا أصلاً
ولو اعتق الحر بي العبد المأسور في دار الحرب أو بدره أو كاتبه أو كانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك
كله جائز وعتقت هي وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) اذا اعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل في
يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحر بي اذا خرج الينامسماً والاستيلاء دفع النسب والنسب يثبت في دار الحرب وقهر
الحر بي كونه وان مات عتقت أم ولده كما اذا غاب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار في يد نفسه زال يده
المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور حراً فاشتراه
مسلم وأخرجه الى دار الاسلام فلا شيء للمشتري على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذا لم يحتمل التملك لكنه بذل
مالاً لاستخلاص الأسير بغير اذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وان أمره الحر بذلك فقلعه بأمرة رجع

عليه لانه لما أمره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذي أحرزوه في أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاما حكم الشراء فنقول الحرب اذا خرج اليها فاشترى عبدا مسلما ثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج اليها بعبده فأسلم في يده يجبر على البيع وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهي مسألة كتاب البيوع فان لم يبيعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا حراز الكافر ماله بدار الحرب أثر في زوال العصمة لا في زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الثابت للحرب بالشراء ملك مجبور على إزالته فلم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعا بهذه الصفة كاعتذار الجبر بالأحراز بوجه فيؤدي الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الأحراز بالدار وان كان هو في الأصل شرط زوال الملك والعصمة في استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الأصل المعهود من إقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعاقب الحكم بالعلة ولو اشترى عبدا ذميا فهو على هذا الاختلاف أيضا لان الحرب مجبور على بيع الذمي أيضا ولا يترك ليدخل دار الحرب ولو أسلم عبدا لحرب في دار الحرب لا يعتق وهو عبيد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الإزالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد اليها فان خرج مراغما لمولاه ولو لحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه وجه مراغما أياه فصار مستويا على نفسه مستغنيا اياه فزول ملك المالك عنه وقدرى انه عليه الصلاة والسلام قال في أباي الطائف هؤلاء اعتقوا الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويوقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد لمولاه فلا أنه لم يخرج قاهرا مستويا ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلا أنه باعه على ملكه وكذلك لو لم يخرج مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضا لانه لما أسلم فقد بقي عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احرار نفسه بمنع المسلمين وانه اسبق من احرار المسلمين اياه بدار الاسلام لملك كونه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحربى من مسلم أو حر بنى عتق عند أبي حنيفة قبل المشتري البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشتري فيه فلا يعتق وجه قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ما ذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرض على البيع والبيع سبب زوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان زواله اليه ارضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حربى في دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافر كان أو مسلما فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التي تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصوير الدارين دار الاسلام ودار الكفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا في ان دار الكفر تصوير دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها واختلافها في دار الاسلام انما بماذا تصوير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور أحكام الكفر فيها والثاني ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمنا بالامان الاول وهو أمان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدارين الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار
 وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر في دار قد صارت دار كفر فصحت الاضافة
 ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور
 أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام
 والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها
 على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق
 والخوف للمسلمين على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامن والخوف لاعلى الاسلام والكفر
 فكان اعتبار الامن والخوف أولى فلم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئذان بقى الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا
 تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول بالمتاخمة لدار الحرب فتوقف صير وتهدا دار الحرب
 على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن
 فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئذان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار
 الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير مابه دار الاسلام بيقين دار الكفر
 بالشك والاحتفال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتفال بخلاف دار الكفر حيث تصير
 دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام
 يعلو ولا يعلى فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند
 وجود هذين الشرطين أعني المتاخمة وزوال الامن الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا بمنعة الابهما والله سبحانه وتعالى
 أعلم وقياس هذا الاختلاف في أرض لاهل الاسلام ظهر عليهم المشركون وأظهروا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها
 أهل ذمة فنقضوا الذمة وأظهروا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت
 دار الحرب حكمها اذا ظهر نا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها امام ثم جاء أربابها فان كان
 قبل القسمة أخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاءوا لما ذكرنا من قبل وعاد المأخوذ على حكمه
 الاول الخراجي عا د خراجياً والعشري عا د عشر بالان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود
 بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشر بالان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية

فلا يحتمل النقص والله تعالى اعلم

فصل في أحكام المختلف باختلاف الدار بين فأنواع منها ان المسلم اذا زان في دار الحرب أو سرق
 أو شرب الخمر أو قذف مسلماً لا يؤخذ بشيء من ذلك لان الامام لا يقدر على إقامة الحد وفي دار الحرب لعدم الولاية
 ولو فعل شيئاً من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد أيضاً لان الفعل لم يقع موجباً أصلاً ولو فعل في دار
 الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجباً للاقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك
 اذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمداً لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة
 ولان كونه في دار الحرب أو رث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمداً
 وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداءً ولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص
 والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداءً وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون
 لما يصل اليه بحياته من المنافع من النصر والعز والشرف بكثرة العشائر والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني
 لا تحصل عند اختلاف الدار ين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أمير أعلى سرية أو أمير جيش وزنا رجل
 منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلماً خطأ أو عمداً لم يأخذه الامير بشيء من ذلك لان الامام ما فوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها في دار الحرب الا أنه يضمه السرقة ان كان استهلكها ويضمه الدية في باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيئاً من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه في العمد وضمنه الدية في ماله في الخطأ لان اقامة الحد والى الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذرجل من العسكر ففعل شيئاً من ذلك درى عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على العسكر وعلى هذا يخرج الحر بنى اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم عمداً أو خطأ لانه لا قصاص عليه عندنا على ما ذكرنا وهذا مبني على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعي رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحر بنى في دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياماً ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء ماضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يحجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشروطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها تقضى كالذمي اذا أسلم في دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبي حنيفة ان وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفت في وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك في دار الاسلام لانها دار العلم بالشرع ولم يوجد في دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان ابا يوسف روى عن أبي حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر ل احد من الخلق في جهله معرفة خاتمه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيد له لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ما خلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تهم عليه حجة حكيم بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمي دار الحرب بامان فعاقد حرياً ببيع عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة في حكم الاسلام جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً في أيديهم أو أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فعاقد حرياً وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز له في دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة في حق العقادين أما في حق المسلم فظاهر وأما في حق الحر بنى فلان الكفار مخاطبون بالحرمة وقال تعالى جل شاناه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمي والحر بنى الذي دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال واتلاف مال الحر بنى مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحر بنى فكان المسلم يسبيل من أخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمي والحر بنى المستأمن لان أموالهم معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذي دخل بامان مسلماً أسلم هناك ولم يهاجر اليها جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا أسيرين أو دخلا بامان للتجارة فعاقدا عقد الربا أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعاً والعدم حقيقة سواء فاشبهه تعاقد الأسيرين والتاجر بن (وجه) قول أبي حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا في معنى اتلاف المال ومال الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها غير مضمون بالاتلاف يدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجر بن والأسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حر بنى أو ادان حر بنياً ثم خرج المسلم وخرج الحر بنى مستأمناً فان اتاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالغصب لان المداينة في دار الحرب وقعت هدرأ

لأنعدام ولا يتنا عليهم وأنعدام ولا يتهم أيضاً حقنا وكذا غصب كل واحد منهما صادف مالا غير مضمون فلم ينعقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حربين دأب أحدهما صاحبه ثم خر جاً مستأمنين ولو خر جاً مسلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا إلا أن المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بأن يرد عليهم ولا يقضى عليه لأنه صار غادراً بهم ناقضاً عهدهم فتلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة إلا برد المغصوب رده وعلى هذا مسلمان دخلاً دار الحرب بامان بأن كانا تاجر ين مثلاً فقتل أحدهما صاحبه عمداً لا قصاص على القاتل لما بينا وإن كان خطأ فعليه الدية في ماله والكفارة لأنهما من أهل دار الإسلام وأما دخلاً دار الحرب لعرض أمر إلا أنه يجب القصاص للشبهة أو لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسيرين أو كان المقتول أسيراً مسلماً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما عليه الكفارة والدية (وجه) قولهما أن الأسيرين من أهل دار الإسلام كالمستأمنين وأما الأسر أمر عارض ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن الأسير متهور في يد أهل الحرب فصارتا بعلهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الحرب إذا اعتق عبده الحرب في دار الحرب لا ينفذ عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله ينفذ وقيل لا خلاف في العتق أنه ينفذ إنما الخلاف في الولاء أنه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعند أبي حنيفة (وجه) قوله أن ركن الاعتاق صدر من أهل الاعتاق في محل مملوك للمعتق فيصح كالأعتاق في دار الإسلام (وجه) قولهما أن الاعتاق في دار الحرب لا يفيد زوال الملك لأن الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا إذا بينهم فأنهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى أن العبد منهم إذا قهر مولا يصير هو المالك ومولا مملوك وهذا لا يفيد الاعتاق في دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لا يبي حنيفة رضي الله عنه معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشتري قريباً لا يعتق عليه لأنه لا يعتق بصريح الاعتاق فكيف يعتق بالشراء وكذلك لو دبره أو كاتبه في دار الحرب حتى لو دخل دار الإسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه في دار الحرب جاز بيعه لأن التدبير اعتاق مضاف إلى ما بعد الموت والكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم ينفذ اعتاقه المنجز فكذلك المعلق والمضاف ولو استولد أمة في دار الحرب صح استيلاؤه إياها حتى لو خر إليها إلى دار الإسلام لا يجوز بيعها لأن الاستيلاء اكتساب ثبات النسب للولد والحربي من أهل ذلك ألا ترى أن أنساب أهل الحرب ثابتة وإذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محمية البيع لكونها حرة من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولو دخل الحرب إليها بامان ففعل شيئاً من ذلك فقد كره لأنه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الإسلام ما دام في دار الإسلام ومن أحكام الإسلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الإسلام ثم رجع إلى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التي استولدها في دار الإسلام أو في دار الحرب ثم مات على كفره أو قتل أو أسرى يحكم بمقتلها أما إذا مات أو قتل فظاهر لأن أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجسه وإن رغب أنف المعتزلة (وأما) إذا أسر فلان صار مملوكاً فلم يبق مال كضرورة وأما مكاتبه الذي كاتبه في دار الإسلام ودخل هو إلى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبدل الكتابة عليه لو رثته إذا مات وكذلك الرهون والودائع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها إذا مات لأنه دخل دار الإسلام بامان ومعه هذه الأموال فكان حكمه إلا ما فيها بقاءً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحرب أو قتل ولم يظهر على الدار فلم يملك على حاله يعود فإخذاً ويحجب رثته فيأخذونه له أما إذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر وأما إذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثاً لورثته فيجوز أن يأخذونه والمكاتب على حاله يؤدي إلى ورثته فيعتق فاما إذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه أما إذا ظهر وأسر أو أسرى ولم يظهر فظاهر لأنه ملك بالأسر وكذا إذا ظهر وقتل لأن القتل بعد الظهور وقتل بعد الأسر وببطل ما كان له من الدين لما ذكرناه بالأسر صار مملوكاً فلم يبق مال كما

فبعضت دينه ضرورة ولا يصير مال كمال لاسر لان الدين في الذمة وما في الذمة لا يعمل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون يسقط أيضاً لانه لو بقي لتعلق برقبته فلا يخلص السبي للسابي وأما ودائعهم فهي في جماعة المسلمين وروى عن أبي يوسف رحمه الله انها تكون فيئاً للمودع (ووجهه) ان يده عن يد الفاتحين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان المودع يده تقديراف كان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما في يده تقديراف ولا يختص به الفاتحون لانه مال لم يؤخذ على سبيل القهر والغلبة حقيقة فكان فيئاً حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع النقي وأما الرهن فعند أبي يوسف يكون للمرتين بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفى قدر دينه والزيادة في جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

فصل في بيان أحكام المرتدين في مواضع في بيان ركن الردة وفي بيان شرائط صحة الركن وفي بيان حكم الردة اماركها فواجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة في عرف الشرع واما شرائط صحتها فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً في الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يحسن ويفيق فان ارتد في حال جنونه لم يصح وان ارتد في حال افاقته صحت لوجود دليل الرجوع في احدي المثلتين دون الاخرى وكذلك السكران والذاهب العقل لا تصح ردة استحساناً والقياس ان تصح في حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب اذ هو امر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان احكام الكفر مبنية على الكفر كما ان احكام الايمان مبنية على الايمان والايان والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران والذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبي العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردة (وجه) قوله ان عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعته والردة مضرّة محضة فاما الايمان فيقع محض لذلك صح ايمانه ولم تصح ردة (وجه) قوله انه صح ايمانه فتصح ردة وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادرة عن عقل دليل وجودهما وقد وجدتهما الا انها مع وجودهما حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بلا خلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تحجر على الاسلام وعند الشافعي رحمه الله تقتل وستأني المسألة في موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحساناً اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح في احكام الدنيا وسند ذكر وجه القياس ولا استحسان في كتاب الاكره ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول والله تعالى التوفيق ان للردة أحكاماً كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذي يرجع الى نفسه فانواع منها اباحه دمه اذا كان رجلاً حراً كان أو عبداً لسقوط عصمته بالردة قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لا حتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغتته فان أسلم فرحاً واهلاً بالاسلام وان أبي نظر الامام في ذلك فان طمع في توبته أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطمع في توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والا صل فيه ماروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغرية خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه ماذا

فعلتم به قال قر بناه فضر بنا عنقه فقال سيدنا عمر رضي الله عنه هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى اللهم اني لم أحضر ولم أمر ولم أرض اذ بلغني وهكذا روى عن سيدنا علي كرم الله وجهه انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلى هذه الآية ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجائز انه عرضت له شبهة حملته على الردة فيؤجل ثلاثا لعلها تنكشف في هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة إلى الاسلام عسى فندب اليها فان قتلها انسان قبل الاستتابة بكرة له ذلك ولا شيء عليه وال عصمته بالردة وتوبته ان يأتي بالشهادتين ويبرأ عن الدين الذي انتقل اليه فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه في المرة الثانية كحكمه في المرة الاولى انه ان تاب في المرة الثانية قبلت توبته وكذا في المرة الثالثة والرابعة لوجود الايمان ظاهرا في كل مرة لوجود ركنه وهو اقرار العاقل وقال الله تبارك وتعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا فافسد أثبت سبحانه وتعالى الايمان بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجود الردة لا يحتمل الردا لانه اذا تاب في المرة الرابعة يضر به الامام ويخلى سبيله وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا تاب في المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرج من السجن حتى يرى عليه أثر خشوع التوبة والاخلاص وأما المرأة فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس وتخرج في كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا حبست ثانيا هكذا الى أن تسلم أو تموت وذكر الكرخي رحمه الله وزاد عليه تضرب أسواط في كل مرة تمنعها عن ما فعلت وعند الشافعي رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولان علة إباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا قتل الرجل وقد وجد منها ذلك بخلاف الحر بية وهذا لان الكفر بعد الايمان أغلظ من الكفر الاصل لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امرأة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة إلى الاسلام بالدعوة اليه باعلى الطر يقين عند وقوع اليأس عن اجابتها باذناهما وهو دعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال في اجابة هذه الدعوة في العادة فانهم في العادات الجارية يسلمن باسلام أزواجهن على ما روى ان رجلا أسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل في حقها وسيلة إلى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحر بية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع رأى غيره خصوصا في أمر الدين بل يتبع رأى نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل مفيدا فافرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يجبرها مولاها ان احتاج الى خدمتها ويحبسها في بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قائم وهي مجبورة على الاسلام شرعا فكان الرفع الى المولى رعاية للمحقين ولا يطؤها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبي العاقل لا يقتل وان صحت ردة عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة إلى الاسلام باللسان واظهار حججه وايضاح دلائله لظهور العناد ووقوع اليأس عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبي فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين الحق منه مأولا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة إلى الاسلام وعلى هذا صبي أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعالا بويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ أصلا لانعدام دليله وهو الاقرار حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه بوجود دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ ألا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم في كسابه كالحكم في اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسند كرا الكلام في اكساب المرتد في موضعه ان شاء الله تعالى ومنها حرمة الاسترقاق

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف لقوله سبحانه وتعالى تقتلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا عليه في زمن سيدنا أبي بكر رضي الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على مامر من قبل ولهذا لم يحجز بقاءه على الحرية بخلاف المرتد اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائهم من غير رضى وكذا الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد بن الحنفية وهي خولة بنت اياس كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنائته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجنابة على الجاني وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل فقيه خلاف مذكور في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسامهما معا على نكاحهما عندنا وعند فر رحمه الله ففسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر ففسد النكاح بالاجماع وهي من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا يقره ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ماله لملاذكرنا ومنها انه لا يرث من أحد لا نعدم الملة والولاية ومنها انه يجب له أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي رحمه الله بشرطة الموت عليها وهي مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شيء من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب عليه وهي من مسائل أصول الفقه وأما الذي يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف في أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا في أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف في أنه تزول بهذا الاسباب معصو راعى الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو بالحاق بدار الحرب وعند أبي حنيفة رضي الله عنه الملك في أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بنى حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما يجوز من المسلم حتى لو اعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب فذلك كله وعقده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجهه) قوله ان الملك كان ثابتاً له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهي الحرية والردة لا تؤثر في شيء من ذلك ثم اختلفا فيها بينهما في كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجهه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت وجه قول أبي يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فاني تشابهان (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانه سبب لجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافاً الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه الحاق بدار الحرب بأمواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلاً عن حاجته فكان ينبغي ان يحكم زوال ملكه للحال الا ان اتوقفتنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عادت رفعة الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف في الزوال للحال لا شبهة العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سبباً لزوال الملك لا رثاعاً من الاصل فتبين ان تصرفه صادق محله يصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سبباً للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلاً من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفاً فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاؤه حتى انه لو استولدا مته فادعى ولدها انه ثبت

النسب وتصير الجارية أم ولد له أما عندهما فلا ينحل مملوك له ملكاً تاماً (وأما) عند أبي حنيفة رحمه الله فلا ينحل الملك الموقوف لا يكون أدنى حالاً من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاء فهذا أولى وأجمع وأعلى أنه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لأن الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارتفاع ومعاوضته موقوفة بالاجماع لأنها مبنية على المساواة (وأما) المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بخلاف فتجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لأنها لا تقتل فلم تكن ردتها سبباً لزوال ملكها عن أموالها بخلاف فتجوز تصرفاتها وإذا عرف حكم ملك المرتدة وحال تصرفاته المبنية عليه فحال المرتدة لا يخلو من أن يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فإن أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لأن الردة ارتفعت من الأصل حكماً وجعلت كأن لم تكن أصلاً وإن مات أو قتل صار ماله لورثته وعق أمهات أولاده ومدبره ومكاتبه إذا أدى إلى ورثته ونحل الديون التي عليه وتقضى عنه لأن هذه أحكام الموت وكذلك إذا لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاظه لأن اللحق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الإسلام لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلاً عن حاجته لا تنها حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحق لأن المال الذي في دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحق بمنزلة الموت في كونه مزيل للملك فإذا قضى القاضي باللحق بحكم بعق أمهات أولاده ومدبره ويقسم ماله بين ورثته ونحل ديونه المؤجلة لأن هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدي إلى ورثته فيعتق وإذا عتق فولأه للمرتدة لأنه المعتق ولولحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الإسلام مسلماً فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يعود قبل قضاء القاضي بلحاظه بدار الحرب والثاني أن يعود بعد ذلك فإن عاد قبل أن يقضى القاضي بلحاظه عاد على حكم أملا كما في المدبرين وأمهات الأولاد وغير ذلك لما ذكرنا أن هذه الأحكام متعلقة بالموت وللحق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت إذا اتصل به قضاء القاضي باللحق فإذا لم يتصل به لم يلحق فإذا عاد يعود على حكم ملكه وإن عاد بعد ما قضى القاضي باللحق فما وجد من ماله في يد ورثته بحاله فهو أحق به لأن ولده جعل خلفاً له في ماله فكان تصرفه في ماله بطريق الخلافة كأنه وكيله فله أن يأخذ ما وجد قائماً على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعق فلا رجوع فيه لأن تصرف الخلف كتصرف الأصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما عتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لأن الاعتراف مما لا يحتمل القسح وكذا المكاتب إذا كان أدى المال إلى الورثة لا سبيل عليه أيضاً لأن المكاتب عتق بأداء المال والعتق لا يحتمل القسح وما أدى إلى الورثة إن كان قائماً أخذ وإن زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أمواله لا يبنوا وإن كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وإن عجز عادر فبقائه ولو رجع كافراً إلى دار الإسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها إلى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فإن رجع بعد ما قضى بلحاظه فالورثة أحق به وإن وجدته قبل القسمة أخذته بحالها بلا عوض وإن وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة في ذوات القيم لأنه إذا لحق وقضى بلحاظه فقد زال ملكه إلى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجده المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وإن رجع قبل الحكم باللحق ففيه روايتان في رواية هذا رجوعه بعد الحكم باللحق سواء وفي رواية أنه يكون في الأصل للورثة فيه أصلاً والله سبحانه وتعالى أعلم ولوجني المرتدة جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد إليها نائفاً كان من حقوق العباد كالقتل والعصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لأن اللحق يلحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيئاً من ذلك بعد اللحق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشيء منه لأن فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم أهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلقه في دار الإسلام وأما الذي لحق به في دار

الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيأ لان ملك الورثة لم يثبت في المال المحمول الى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء لسائر أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في ان المال الذي اكتسبه في حالة الاسلام يكون ميراثاً لورثته المسلمين اذا مات أو قتل أو لحق وقضى بالحق وقال الشافعي رحمه الله هو فيء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفي ان يرث المسلم الكافر وورثة مسلم فيجب ان لا يرثه (وانما) ما روى ان سيدنا علياً رضي الله عنه قتل المستورد المعجلي بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر منكر عليه فيكون اجماعاً من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولان الردة في كونها سبباً لزوال الملك كالموت على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه على ما قررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيورثه المسلم فكان هذا ارث المسلم من المسلم لان الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة ان كانت لا توجب زوال الملك يمكن احتمال العود الى الاسلام ألا ترى انه يجرى على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام في حق حكم الارث وذلك جائز ألا ترى انه بقي على حكم الاسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخنزير فجاز ان يبقى عليه في حق حكم الارث أيضاً فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملاً بالحديث أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم واختلقوا في المال الذي اكتسبه في حال الردة قال أبو حنيفة رضي الله عنه هو فيء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ميراث (وجه) قوله ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك في محل قابل ولا شك ان المرتد أهل الملك لان أهلية الملك بالحرية والردة لا تنافيها بل تنافي ما بينها وهو الرق اذا المرتد لا يحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت أو ما هو في معنى الموت على ما بينا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشئ مع وجود سبب زواله فكان الكسب في الردة مالا لا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلقوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهي أهلية الورثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة الى وقت الموت فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الورثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الأهلية في ذلك الوقت لا غير وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان أهلاً وقت الردة ورث وان زالت أهليته بعد ذلك وفي رواية يعتبر دوام الأهلية من وقت الردة الى وقت الموت (وجه) هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لان الموت أمر لا بد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الأهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الأهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لو كان بعض الورثة مسلماً وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لا يورث وكذا اذا مات قبل موته أو المرأة انقضت عدتها قبل موته (وجه) الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث في ذلك الوقت بطريق الظهور قوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت لان الردة في معنى الموت لانها تعمل عمل الموت في زوال الملك على ما بينا فكانت الردة موتاً معني وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فياذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بالحق انه يعتبر أهلية الورثة وقت القضاء بالحق أم وقت اللحاق فعند أبي يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت اللحاق (وجه) قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول بالحق لان به يعجز عن الانتفاع بماله المتروك في دار الاسلام الا ان العجز قبل القضاء غير مقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل في زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الأهلية وقتئذ (وجه) قول

أبي يوسف إن الملك لا يزول إلا بالقضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذ لحقت
 بدار الحرب لأن المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الأب على ردة فان جاءت به
 لاقل من ستة أشهر من حين الردة يرثه لأنه علم أن العلوق حصل في حالة الاسلام قطعاً وان جاءت به لستة أشهر
 فصاعداً من حين الردة لم يرثه لأنه يَحْتَمَلُ أنه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له
 أم ولد مسلمة ورثته مع ورثته المسلمين وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر لأن الأم مسلمة فكان الولد على حكم
 الاسلام تبعاً لأمه فيرث أباه ولو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم
 ظهر ناعلي الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لأنه مسلم تبعاً لأمه ولو لم تكن ولدت حتى سببت ثم ولدت في دار الاسلام فهو
 مسلم مرقوق مسلم تبعاً لأمه مرقوق تبعاً لأمه ولا يرث أباه لأن الزق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتدة مسلمة
 فولدت له غلاماً أو وطى أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعاً للأم ويرث أباه لثبوت النسب وإن كانت الأم كافرة
 لا يحكم باسلامه لأنه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد
 دين المرتدة في كسب الاسلام والردة جميعاً لأن كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر
 أبو يوسف عنه أنه في كسب الردة إلا أن لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه أنه
 في كسب الاسلام إلا أن لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب
 الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لأن دين الإنسان يقضى من
 ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لأن قيام الدين يمنع مال ملكه إلى وارثه بقدر
 الدين لكون الدين مقدماً على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما
 كسب الردة فالجماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم ينف به كسب الاسلام مستترة
 فيقضى الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم ولد المرتدة فولد المرتدة لا يخلو من أن يكون مولوداً في الاسلام أو في الردة فان كان مولوداً في
 الاسلام بان ولد للزوجة ولدوهما مسلمان ثم ارتد الا يحكم بردته مادام في دار الاسلام لأنه لما ولد وأبواه مسلمان
 فقد حكم باسلامه تبعاً لأمه فلا يزول بردهما التحول التبعية إلى الدار إذا داروا وإن كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتداء
 عند استتباع الابوين تصلح للبقاء لأنه أسهل من الابتداء فدام في دار الاسلام ببق على حكم الاسلام تبعاً للدار
 ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولده ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتدة والمرتدة فمعلوم وقد
 ذكرنا أن المرتدة لا تسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجير على اسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد
 الأب يجبر على الاسلام ولا يقتل لأنه كان مسلماً باسلام أبويه تبعاً لهما فلما بلغ كافر أفقدا رده عنه والمرتدة يجبر على
 الاسلام إلا أنه لا يقتل لأن هذه ردة حكيمة لا حقيقة لوجود الايمان حكماً بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام
 لكن بالحبس لا بالسيف اثباتاً للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد له على الاسلام لأن ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام
 اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي أن تجرى
 عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وإن كان مولوداً في الردة بان ارتد الزوجان ولدهما حملت
 المرأة من زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يعصى عليه
 لأن المرتدة لا يرث أحد أولادها هذا الولد بدار الحرب فبلغ وولده أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعاً
 يجبر ولد الأب وولد له على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير أنه لا يجبر ولد
 ولده على الاسلام (وجهه) ما ذكر في السير إن ولد الأب تبع لأبويه فكان محكوماً بردته تبعاً لأبويه وولد الولد تبع له فكان
 محكوماً بردته تبعاً له والمرتدة يجبر على الاسلام إلا أنه لا يقتل لأن هذه ردة حكيمة فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجه) المذكور في الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما برده تبعه لابييه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أهمهم مرتدة وهي تحتل الاسترقاق والولد كما تبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لا تقطاع التبعية بالبلوغ وبحيرون على الاسلام وذكور في الجامع الصغير الولدان فيء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلي لان تبعية الابوين في الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافر أصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امرأة وهي حامل ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وهي حامل كان ولدها فيثا لان السبي لحقه وهو في حكم جزء الام فلا يبطل بالا انفصال من الام والدمي الذي تقض المهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتدة في سائر الاحكام من الارث والحكم بعشق أهبات الاولاد والمدرين ونحو ذلك لان المعنى الذي يوجب لحاقه للحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انها يفترق من وجه وهو ان الذي يسترق والمرتد لا يسترق وجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوصل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه يرجع بعد مذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجي فلا حجة بخلاف الذي والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل ١٠ وأما بيان أحكام البغاة فالكلام فيه في مواضع في تفسير البغاة وفي بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفي بيان ما يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفي بيان حكم اصابة الدماء والأموال من الطائفتين وفي بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين وفي بيان حكم قضايهم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل ويستحلون القتال والدماء والأموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فقتلوا بالله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشعرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغي له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدوا توبة لانه لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فيأخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤوا لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فلما لم يتوجه الشر منهم لا يقتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغي له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأى الجماعة أولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما في حق أهل الحرب وكذا روى ان سيدنا عليا رضي الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بنت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبتغي حتى تقى الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا علي رضي الله عنه أهل حروراء بالنهر وان محضرة الصحابة رضي الله عنهم تصدقوا لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا علي انك تقا تل على التأويل كما تقا تل على التزويل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة سيدنا علي رضي الله عنه لان النبي عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا علي رضي الله عنه على التأويل بقتاله على التزويل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتاله بالتزويل فلزم ان يكون سيدنا علي محقا في قتاله بالتأويل فلو لم يكن امام حق لما كان محقا في قتاله ايهم ولا نهم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون دفع للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا بأس بذلك لان الدعوة قد بلت بهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين أيضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يحببه الى ذلك ولا يسمعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدر لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعو الى القتال وأما اذا كان فداه يفترض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغي فهزمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة ينحازون اليها فينبغي لأهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويحبزوا على

جر يحجم لثلاثين جزوا الى الفضة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استنصلا
لشأنهم وان شاء حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئة فيجزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على
جر يحجم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئة (وأما) أموالهم التي ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان
يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسر الشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتل
التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيمهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ما سوى
الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمسك ويحبس عنهم الى ان يزول بغيمهم فيدفع اليهم لما قتلوا وبقاتل
هل البني بالمجنين والفرق والفرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم
فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللإمام ان يوادعهم لينظره في أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك
مالا لما ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان
والنساء والاشيخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البني لان قتالهم لدفع شرقتلهم فيختص باهل القتال وهؤلاء
ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيباح قتالهم في حال القتال وبعد الفراغ من القتال الا الصبيان
والجنانين على ما ذكرنا في حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البني
فان كان قاتل مع مولا لا يجوز قتله وان كان يخدم مولا لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيمه فيرد
عليهم (وأما) الكراع فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لما لك لان ذلك أرفع له ولا يجوز للعادل أن يتدبى
بقتل ذي رحم محرم منه من أهل البني مباشرة واذا أراد هو قتله أن يدفعه وان كان لا يدفع الا بالقتل فيجوز له أن
يتسبب ليقته غيره بأن يعقد دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوي الرحم المحرم منه
مباشرة ونسباً ابتداء الا والدين (ووجه) الفرق ان الشرك في الاصل مبيح لعموم قوله تبارك وتعالى اقتلوا
المشركين حيث وجدتموه الا أنه خص منه الا بوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفاً بقي غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البني لان الاسلام في الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم والباغي مسلم الا أنه أيسح قتل غير ذي الرحم المحرم من أهل البني دفعاً لشرهم
لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب ليقته غيره فبقية العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان
حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين فنقول لا خلاف في أن العادل اذا أصاب من أهل البني من دم أو جراحة
أو مال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغي اذا أصاب شيئاً من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا
ان ذلك موضوع وقال الشافعي رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغي جان فيستوى في حقه وجود المنعة
وعدمها لان الجاني يستحق التعليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهري أنه قال وقعت الفتنة وأصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل
بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانه قد اجماع من
الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى في المسئلة ما نبه عليه الصحابة رضي الله عنهم وهو انهم في
الاستحلال تأويل في الجملة وان كان فاسداً لكن لهم منعة والتأويل الفاسد عند قيام المنعة يكفي لرفع الضمان
كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيداً لتعذر الاستيفاء فلم
يجب ولو فعلوا شيئاً من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وفرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا
انعدمت الولاية وبقي مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر في دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجراً آخر من أهل
العدل في عسكر أهل البني أو قتل الاسير من أهل العدل أسيراً آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل
لم يقع موجباً لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع في دار الحرب لان عسكر أهل البني في حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف في أن العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس
بغير حق لسقوط عصمة نفسه وأما الباغي اذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد ان قال
قتلته وكنت على حق وأنا لا أن على حق لا يحرم الميراث وان قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم (وجه) قول أبي
يوسف ان تأويله فاسد لأنه الحق بالصحيح عند وجود المنعة في حق الدفع لا في حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق
استحقاق الميراث (وجه) قولهما اننا نعتبر تأويله في حق الدفع والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو
القربة وانها موجودة إلا أن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتل على تأويل الاستحلال والمنعة موجودة
اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان لأنه اذا قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم الميراث لان
التأويل الفاسد انما يلحق بالصحيح اذا كان مصرأ عليه فاذ لم يصرف فلا تأويل له فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه
وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين فنقول والله تعالى التوفيق (أما) قتلى أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع
بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا يزرع عنهم الا ما لا يصلح كفنوا ويصلى عليهم لانهم شهداء
لكونهم مقتولين ظلموا وقدرى ان زيد بن صرحان الميمنى كان يوم الجمل تحت راية سيدنا على رضى الله عنهما فأوصى
في رمقه لا تنزعوا عني ثوبا ولا تغسلوا عني دما وارمسونى في التراب رسماً فانى رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتلى
أهل البنى فلا يصلى عليهم لانه روى ان سيدنا علياً رضى الله عنه ماصلى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفون
ويدفنون لان ذلك من سنة موتى بنى سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق
وكذلك رؤس أهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهي لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره الا اذا كان في
ذلك وهن لهم فلا بأس به لما روى ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جز رأس أبي جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أباجهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه
ويكره بيع السلاح من أهل البنى وفي عسا كرم لانه اعانته لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالخديد
ونحوه لانه لا يصير سلاحا بالاعمال ونظيره انه يكره بيع المزامير ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب
والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما)
بيان حكم قضاياهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضياً فالأمر لا يخلو من أحد وجهين اما ان ولوا رجلاً من أهل البنى واما
ان ولوا رجلاً من أهل العدل فان ولوا رجلاً من أهل البنى فمضى بقضايائهم رفعت قضاياها الى قاضى أهل العدل
لا ينفذه لانه لا يعلم كونها حقاً لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل انه قضى بما هو باطل على رأى الجماعة فلا
يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضى أهل البنى الى قاضى أهل العدل بكتاب فان علم انه قضى بشهادة أهل
العدل أنفذه لانه لا ينفذ الحق ظاهراً وان كان لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقاً فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى
ولا تقف ما ليس لك به علم وان ولوا رجلاً من أهل العدل فمضى فيما بينهم بقضايائهم رفعت قضاياها الى قاضى أهل
العدل فذهال ان التولية اياه قد حجت ولا نه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر انه قضى
على رأى أهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايا قاضى أهل العدل الى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من
البلاد التي ظهر واعليها من الخراج والزكاة التي ولاية أخذها للامام لا يأخذها الامام ثانياً لان حق الاخذ للامام لكان
حمايته ولم توجد إلا أنهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحساناً لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج
فصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

كتاب الغصب

جمع محمد رحمته الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بعادابه

فنعول والله التوفيق معرفة مسائل الغصب في الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل الجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد رحمه الله القفل في المال ليس بشرط لكونه غصباً وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فهو احتج تمهيداً أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا أن الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعاً واعارةً وبضاعة في عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى في متعارف الشرع غصباً ولان الغصب انما جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعدياً فيكون سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعدياً والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بنصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمن الغصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثاني ان ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر وإما أن يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولا ان الزجر لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي القوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له في الآية لان الله تعالى فسر أخذ المالك تلك السفينة بنصبه اياها كما أنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا يدل على ان كل أخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدي المساكين عنها فدل على ان الغصب اثبات على وجه يتضمن ازالة (وأما) قوله الغصب انما أوجب الضمان لكونه تعدياً فيقسم لكن التعدي في ازالة لافي الاثبات لان وقوعه تعدياً بوقوعه ضاراً بالمالك وذلك باخراجه من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وعجزه عن الانتفاع به وهو تفسير تقويت اليد وازالتها (فاما) بجرم الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعدياً وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب انها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مال السكة وقد وجد الغصب وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبراً (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم في أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها الف درهم فازدادت في بدنها خيرا حتى صارت قيمتها الف درهم فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت في يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشتري قيمتها الف درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الف درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الف درهم أيضاً كذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف وحكى ابن سماعه عن محمد رحمه الله الخلاف ان على قول أبي حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الف درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس له أن يضمه زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي في مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقاً فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا أن يكون عبداً أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبداً أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة في ثلاث سنين (وجه) قولهما ان البيع والتسليم غصب لا نه تقويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكناً من أخذه منه قبل البيع والتسليم و بعد البيع والتسليم لم يبق متمكناً وتقويت إمكان الاخذ تقويت
اليد معنى فكان غصباً موجباً للضمان وهذا لأن تقويت يد المالك إنما كان غصباً موجباً للضمان لكونه إخراج المال
من أن يكون منتفعاً به في حق المالك وإعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتقويت إمكان الاخذ فيوجب الضمان
ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشتري من الغاصب كذا هذا ولا ي حنيفة رضى الله
عنه أن الأصل مضمون بالغصب الأول فلا يقع البيع والتسليم غصباً له لأن غصب المغصوب لا يتصور والزيادة
المتصلة لا يتصور أفرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فإن أفرادها بالغصب
بدون الأصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الأول لانعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق
بين الزيادة وبين بخلاف القتل لأن قتل المغصوب متصور لأن غل القتل غير محل الغصب فحل القتل هو الحياة ومحل
الغصب هو مال العينة فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل إلا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد
فيخير ولأن الأصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكاً للغاصب من ذلك الوقت بخلاف بين
أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لأنها ملكه فتكون ملكه فكان البيع
والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في غير آدم تصرفاً في ملك نفسه فلا يكون مضموناً عليه كما لو تصرف
في سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لأننا أثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجهه ويقتصر على
الحال من وجهه فيعمل بشبهة الظهور في الزوائد المتصلة وبشبهه الاقتصار في المنفصلة إذ لا يكون العمل به على العكس
ليكون عملاً بالشبهين بقدر الإمكان (وأما) على طريق الظهور المحض فتعبر بمشاكل والله تعالى الموفق بخلاف
القتل لأن العبدانما يضمن بالقتل من حيث أنه آدمى لا من حيث أنه مال والغاصب إنما ملكه بالضمان من وقت
الغصب من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمى لأنه من حيث أنه آدمى لا يحتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفاً في ملك
نفسه لهذا افتقرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلها إذا اختار المالك تضمين البائع هل ثبت له الخيار بين أن يضمه
ألى درهم وقت البيع وبين أن يضمه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا ثبت وهذا غير سديد لأن التخيير
بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه بخلاف التخيير بين البائع والمشتري عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك
الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحد هماً ملياً والآخر مفلساً فكان التخيير مفيداً وبخلاف القتل لأن ضمان القتل
ضمان الدم وأنه مؤجل إلى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وأنه حال فكان التخيير مفيداً ثم إذا ضمن
المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لأنه تبين أنه باع ملك نفسه والتمن له
لأنه بدل ملكه وإن ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشتري بالتمن على البائع لأنه تبين أنه أخذه
بغير حق وليس له أن يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من إنسان شيئاً فجاء آخر وغصب منه فهلك في يده فالمالك
بالخيار أن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني أما تضمين الأول فلو جود فعل الغصب منه وهو تقويت يد المالك
وأما تضمينه الثاني فلأنه فوت يد الغاصب الأول ويده يد المالك من وجهه لأنه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك
ويستقر بهما الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عائدة إلى المالك فاشبهت يد المودع وقد وجد من كل واحد منهما
سبب وجوب الضمان إلا أن المضمون واحد فخيرنا المالك ليعين المستحق فإن اختار أن يضم الأول رجع بالضمان
على الثاني لأنه لا ملك للمغصوب من وقت غصبه فتبين أن الثاني غصب ملكه وإن اختار تضمين الثاني لا يرجع على
أحد لأنه ضمن بفعل نفسه وهو تقويت يد المالك من وجهه على ما بينا وكذلك أن استهلك الغاصب الثاني ومضى
اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر في الجامع أنه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد
ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعه رحمه الله في نوادره عن محمد أنه لا يبرأ مالم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه
(وجه) رواية النوادر عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكاً للذي ضمنه لأنه باعه منه فلا يملك

الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المصوب ملكاً للذي ضمنه
لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تملكه كمالو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التملك
من أحدهما فله ان يملكه من أيهما شاء (وجه) رواية الجامع ما ذكرنا انه باختياره تضمن الغاصب الآخر أظهر انه
راض بأخذ الاول وانه بمنزلة المودع وباختيار تضمنين الاول أظهر ان الثاني ما تلف عليه شيئاً لانه لم يقوت يده والله
سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المصوب من الثاني فهلك في يده بتخير المالك فيضمن أيهما شاء فان ضمن
الغاصب جاز بيعه والثمن له ما ذكرنا وان ضمن المشتري بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البايع ولكنه يرجع بالثمن
عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلك المشتري ولو كان المصوب عبداً فاعتقه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك
البيع فقد اعتاقه استحقاقاً وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياساً ولا خلاف في أنه لو باعه المشتري ثم أجاز المالك
البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثاني (وجه) القياس ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تعق فيما لا يملكه
ابن آدم ولا ملك للمشتري في العبد لانه ملك المصوب منه فلا ينفذ اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم ينفذ بيعه
(وجه) الاستحسان ان اعتاق المشتري صادقاً لملكه على التوقف فيعتق على التوقف كالمشتري من الوارث
عبد آمن التركة المستغرقة بالدين اذا اعتقه ثم أبرأ الغرماء الميئت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادقاً لملكه
على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من أهل البيع في محل قابل
الا أنه لم ينفذ دفعاً للضرر عن المالك ولا ضرر عليه في التوقف فيتوقف اذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف
الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شرطاً وطأً آخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى
الغرر وفي توقف نقاذ البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المصوب فهلك في يد المودع بتخير المالك
في التضمن فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لانه تبين انه أودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على
الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام في الحقيقة ولو استهلك المودع فالجواب
على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن
المودع لم يرجع على الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو أجاز الغاصب المصوب أو رهنه من انسان
فهلك في يده بتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه أجاز ورهن ملك نفسه الا
ان في الرهن يسقط دين المرتهن على ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما
ضمن والمرتهن يرجع بدينه أيضاً أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مفروراً وأما رجوع
المستأجر فلا لانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرر فاشبه المودع ولو استهلكه
المستأجر أو المرتهن بتخير المالك الا أنه ان ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه أجاز ملك نفسه
ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لانه ضمن بفعل
نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فهلك في يد المستعير بتخير المالك وإيهما ضمن لا يرجع بالضمان
على صاحبه أما الغاصب فلا شك فيه لانه أعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير وأما المستعير فلا لانه استفاد ملك
المنفعة فلم يتحقق الغرر والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المصوبة أنها ليست بمضمونة
عندنا وعند الشافعي رحمه الله مضمونة نحو ما اذا غصب عبداً أو دابة فامسكها أياماً ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه
لم يوجد تقويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث فشيئاً على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد
الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك فلم يوجد تقويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد
على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة مال بديل أنه يجوز أخذ العوض عنها في الاجارة وتصلح
مهر أفي النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب داراً أو عقاراً فانهدم شيء من

البناء أو جاعس سيل فذهب بالبناء والأشجار أو غلب الماء على الأرض فبقيت تحت الماء أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبي يوسف الأول يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله أما الشافعي فقد مر على أصله في تحديد الغصب أنه أثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله في حد الغصب أنه أزاله يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لأن ذلك عبارة عن إخراج المال من أن يكون منتفعا به في حق المالك أو إيجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسئلة ذكرناها في الرجوع عن الشهادات وهي أن من ادعى على آخر دأراً فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول في ضمان الرجوع فدل أن الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فمر على أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط لتحقيق الغصب الاستدلال بضمأن الغصب فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعى وجود مثله منه في المنصوب ليكون اعتدائه بالمثل وعلى أنهما أن سلماً لتحقيق الغصب في العقار فالأصل في الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لأن أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده وماله عن الضمان فيستدعى وجود الاتلاف منه أما حقيقة أو تقدير إلا أن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء إلا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجدهما الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديراً أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلأن ذلك بالنقل والتحويل والتغيب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا وجب رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديرًا فينتفي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف إذا غضب عقاراً فجاء إنساناً فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فإن اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وإن اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد لأنه ضمن بفعل نفسه (وأما) مسئلة الرجوع عن الشهادة فمن أجبنا من منعهما وقال إن محمد رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لأن ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما إذا غضب صبيّاً حرّاً من أهله فمات في يده من غير آفة أصابته بان مرض في يده فمات أنه لا يضمن لأن كونه المنصوب مالا شرط لتحقيق الغصب والحر ليس بمال ولومات في يده باقية بان عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبباً والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبباً على ما ذكره في مسائل الاتلاف إن شاء الله تعالى ولو غضب مدبراً فهلك في يده يضمن لأن المدبر مال متقوم إلا أنه امتنع جواز بيعه إذا كان مدبراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لا انعقاد سبب الحرية للمال وفي البيع إبطال السبب على ما عرف وكذلك لو غضب مكاتباً فهلك في يده لا نه عبداً ما بق عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوماً ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبي حنيفة فكان مضموناً بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غضب أم ولد إنسان فهلك عنده لم يضمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالبيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجاءين جاءت بولد فادعياه جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشيء ولا تسمى هي في شيء أيضاً عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسئلة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث أنها مال أم لا ولا خلاف أنها متقومة بالقتل ولا خلاف في أن المدبر متقوم (وجه) قولهما أنها كانت مالا متقوماً والاستيلاء لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الا حق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كافي المذبر (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاستيلاء اعتاق لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في جاريته مارية أعنتها ولدها فظاهاه يقتضى ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا أنه تأخر في حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المذبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلاً وإنما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي أو مسلم فهلك في يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الاديان كلها ولود بغير الغاصب وصار مالا فحكمه نذره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزير لاه فهلك في يده أنه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلماً أو ذمياً لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمر أو خنزير لذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً غير ان الغاصب ان كان ذمياً فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته وان كان مسلماً فعليه القيمة فيهما جميعاً وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائناً من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر رانه رجس من عمل الشيطان وصفة الخمر لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر ليعيها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينا فقد ور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق (ولنا) ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمي الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملاً بظاهر الحديث وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالحق في حقهم كالحق في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعاً فكان كل واحد منهما مالا متقوماً في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة لانه صالح لا قامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم تثبت نصاً غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد هنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متبهون لان الصل لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولا نهاسبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائعهم حرمت عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوماً في الحال فهي معرض أن تصبح مالا متقوماً في الثاني بالتخلل والتخيل وجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون الحل المغصوب والمتلف مالا متقوماً في الجملة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والحش ومالا منفعلة في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعه عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دناوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقى الضمان بالغصب والاتلاف يفرض الى التعرض لان السفية اذا علم أنه اذا غصب أو أ تلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها ذمي أو مسلم فهلك عند الغاصب أو خلاها فلا ضمان عاياه ولو استهلككم ايضمن خلا مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينفع دسبها لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى العصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصراني صلياً له فهلك في يده يضمن قيمته صلياً لأنه مقر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه في حاجة أو قاده بآلة أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير إذن صاحبها أنه ضامن بذلك سواء عطب في تلك الخدمة أو في مضيه في حاجته أو مات حتف أنفه لأن يد المالك كانت ثابتة عليه وإذا أثبت يد المتصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق العصب ولودخل دار إنسان بغير إذنه وليس في الدار أحد فهلك في يده لم يضمن في قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير إذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لأن تهويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق العصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم العصب فله في الأصل حكمان أحدهما يرجع إلى الآخرة والثاني يرجع إلى الدنيا أما الذي يرجع إلى الآخرة فهو الاتهم واستحقاق المؤاخذة إذا فعله عن علم لأنه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من غصب شبراً من أرض طوفاً لله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وإن فعله لا عن علم بأن ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لأن الخطأ من فروع المؤاخذة شرعاً ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذي يرجع إلى الدنيا فأشياء بعضها يرجع إلى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع إلى حال هلاكه وبعضها يرجع إلى حال نقصانه وبعضها يرجع إلى حال زيادته (أما) الذي يرجع إلى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الرد وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان ما يصير المالك به مسترداً أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير إذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لا عبا ولا جاداً فإذا أخذ أحدكم عصاً صاحبه فليرد عليه ولأن الأخذ على هذا الوجه معصية والرد عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الأصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لأنهما من ضرورات الرد فإذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما في رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك بصورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان لأن الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما إذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فزرعها حتى نبتت أو باقة فزرعها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضرها حتى صارت دجاجة أو قطناً فزرع له أو غزالاً ففسجه أو ثوباً فقطعه أو خاطه قميصاً أو لحماً فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواه أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سمماً فعضه أو عنباً فعصره أو وحيداً فضر به سيفاً أو سكيناً أو صغراً أو نحاساً فعمله آنية أو تراباً لقيمة قلبه أو اتخذ خزاناً أو لبناً فطبخه آجرأ ونحو ذلك أنه ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا ولا يرد ملكه بضمان المثل أو القيمة وعند الشافعي له ولاية الاسترداد ولا يرد ملكه وجه قوله أن ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فاته بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما إذا غصب ثوباً فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لأن الملك في المغصوب كان ثابتاً للمالك والعارض وهو فعل الغاصب يحظر فلا يصلح سبباً لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكاً للمغصوب إما بصورة ومعنى أو معنى لا بصورة فيرد له ملك المالك عنه وبطل ولاية الاسترداد كما إذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئاً آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده لأنه لم يتبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها المطلوب منها وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناها الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكاً
للمغصوب بصورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذا اهلك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي ولا انه اذا حصل
الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى في الهالك كما في الهالك الحقيقي فتنته قطع ولاية الاسترداد ضرورة
ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضراراً به وهذا يوجب زوال ملكه عن
المغصوب لما ذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان ثبت للملك الغاصب في المضمون لوجود سبب
الثبوت في محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لا حدود به تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح
لا حظه فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبناً أو آجرأ أو ساجدة فادخلها في بناءه انه لا يملك
الاسترداد عندنا وتصير ملكاً للغاصب بالقيمة خلافاً للشافعي رحمه الله فهو على أصله المعهود في جنس هذه المسائل أن
فعل الغاصب محظور فلا يصلح سبباً لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحقق فعله بالعدم شرعاً بقي ملك
المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال في البناء والتركيب صار شيئاً آخر غير الاول باختلاف
المنفعة المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار بهائمه أله فكان الادخال اهلاً كامعنى فيوجب زوال
ملك المغصوب منه ويصير ملكاً للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال
ملكه أيضاً لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا
لو غصب من آخر خيطاً فحاط به بطن نفسه أو دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكروا كذا في موضع
مسألة الساجدة ما اذا بنى الغاصب في حوالى الساجدة لا على الساجدة فاما اذا بنى على نفس الساجدة لا يبطل ملك
المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندي واني رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجدة لم يكن الغاصب
متعدياً بالبناء لينقض ازالة التعدى واذا كان البناء عليها كان متعدياً على الساجدة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن
الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجدة الا بنقض البناء ولزوم ضرر
معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار
في حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء في الثمن فلا يكون أخص بشيء من ذلك لان
ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصاً فجعله زنبيلاً لا سبيل
للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجدة اذا جعلها بناءً ولو غصب نخلة فشققها فجعلها جذوعاً كان له أن يأخذ
الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبهه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضاً فبنى عليها أو
غرس فيها لا يقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تقصر
شيئاً آخر ألا ترى أنها لم تتركب بشيء وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجدة لأنها ركبت وصارت من جملة
البناء ألا يرى انه يسمى الكل بناءً واحداً فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك قل المالك أن يضم له قيمة البناء
والغرس مقلوعاً ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك أيضاً
يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب أو فضة فصاغه اثناء أو ضرب به دراهم أو
دنانير فالمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً لاجل الصياغة على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا سبيل له على
ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصنعه أو جعله مراً بعاً أو مطولاً أو مدوراً ان له أن
يسترده ولا شيء عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكاً كالان المغصوب بالصياغة صار شيئاً آخر
فاشبه ما اذا غصب حديداً فاتخذ سيفاً أو سكيناً وجه قوله أن استهلاك الشيء اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة
موضوعه له مطلوب منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية بعد ما استحدث الصنعة
فلم يتحقق الاستهلاك فبقى على ملك المغصوب منه ولو غصب صفراً أو نحاساً أو حديداً فضر به أنية ينظر ان

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة لأنه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وإن كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بخلاف لأنه خرج عن كونه موزوناً بخلاف الذهب والفضة لأن الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوباً قطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذا لم يخرج ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعيب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مسترداً للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الأصل أن المالك يصير مسترداً للمغصوب باثبات يده عليه لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده فزال يد الغاصب ضرورة ألا أن يفصيه ثانياً وعلى هذا يخرج المسائل إذا كان المغصوب عبداً فاستخدمه أو ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مسترداً له ويرى الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لأن اثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطاً للتحقق الغصب فلا يكون شرطاً لبطلانه وكذلك لو كان طعاماً فأكله لأنه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذلك إذا أطعمه الغاصب يراً عن الضمان عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره في ذلك حيث أطعمه ولم يعلم أنه ملكه فلا يسقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان في يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذي اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث أنه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبداً فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوباً فآجره منه للباس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الإجارة برى عن الضمان لأن الإجارة إذا حتمت صارت يد الغاصب على المحل يد إجارة وأنها يد محقة فتبطل يد الغصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الإجارة بالإجارة وقولوا في الغاصب إذا آجر العبد المغصوب من مولاه لينبئ له حائطاً معلوماً أنه يسقط ضمان الغصب حين يتبدى بالبناء لأن البراءة عن الضمان في الموضوعين جميعاً متعلقة بوجوب الإجارة واللاجرة في استئجار العبد والثوب نجب بالتسليم وهو التخليه وهما نجب بالعمل لا بنفس التخليه لذلك افترقا ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف يبرأ بناء على أن المشتري هل يصير قابضاً بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع في بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملاً من الأعمال فهو جائز لكنه لا يصير مسترداً للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو في يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ في ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لأن الإجارة هنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الإجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقى في يد الغاصب كما كان فبقى مضموناً كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الغاصب الأول برى لأن يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان أحدهما وجوب الضمان على الغاصب والثاني ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه في مواضع في بيان كيفية الضمان وفي بيان شرط وجوبه وفي بيان وقت وجوبه وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهده (أما) الأول فالمغصوب لا يخلو إما أن يكون ماله مثل وإما أن يكون مما لا مثل له فإن كان ماله مثل كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء والاعتداء علم يشترع بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولأن ضمان الغصب ضمان جبر الفات ومضى الجبر بالمثل أكل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التذمر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وإن كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لأنه تعذر إيجاب المثل بصورة ومعنى لأنه لا مثل له فيجب

المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل في ضمان القيمة ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد بين شر يكن أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص الوارد في العبد يكون واردا في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب فإدام قادرا على رده على الوجه الذي أخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصل للغاصب هو وجوب رده عن المغصوب لان بالرد يعود عين حقه اليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل وسواء عجز عن الرد بفعله بان استهلكه أو بفعل غيره بان استهلكه غيره أو بأفقه سماوية بان هلك بنفسه لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لان فعله ذلك لا باهلاك لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدق المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان أقامها والا حبسه القاضي مدة يغلب على ظنه انه لو كان في يده لا ظهره ثم قضى عليه بالضمان لان بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطول به فادعى الافلاس ومن شرط الخطاب بآداء الضمان أن يكون المثل موجودا في أيدي الناس حتى لو غصب شيئا لمثل ثم انقطع عن أيدي الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم لو اختصما في حال انقطاعه عن أيدي الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الاقطاع وجه قوله أن الغصب أو جب المثل على الغاصب والمصير الى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الاقطاع فتعتبر قيمته يوم الاقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان الواجب كان مثل المغصوب وبالاقطاع عن أيدي الناس لم يطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت يبق لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى ان للمالك أن يختار الانتظار الى وقت ادراكه فإخذ المثل واذا بقي المثل واجبا بعد الاقطاع فاما ينتقل حقه من المثل الى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ ما لا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفي الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيئا أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم ليس بشرط لتجقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذه قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوق وجوب الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضا لان تراجع السعر لفتور يحدنه الله سبحانه وتعالى في قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذي يخرج به عن عهده شيان أحدهما آداء الضمان الى المالك أو من يقوم مقامه لان الاصل في طريق الخروج عن عهدة الواجب ادائه ولو هلك المغصوب في يد الغاصب الثاني فادى القيمة الى الغاصب الاول يبرأ عن الضمان في الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضي وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برى عن الضمان فكذلك اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى والثاني البراء وهو نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثاني فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لان اختيار تضمين أحدهما براءة الآخر دلالة لما ذكرنا فيا تقدم

فببراً ما بنفس الاختيار أو بشرطة رضامن اختيار تضمينه أو القضاء على اختلاف الر وايتين اللتين ذكرناهما ولو أبرأه عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الإبراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يصح وجه قوله أن الإبراء إسقاط واسقاط الأعيان لا يعقل فالتحقق بالعدم وبقيت العين مضمونة كما كانت وإذا هلكت ضمن (ولنا) أن العين صارت مضمونة بنفس الغصب لأن الغصب سبب لجوب الضمان فكان هذا إبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالاً بالقرض (ولنا) أن عدم اللزوم في القرض لكونه جارياً مجرى الاعارة لما بين في كتاب القرض والأجل لا يلزم في العواري وهذا المعنى لا يوجد في الغصب فيلزمه وهذا لأن الأصل هو لزوم التأجيل لأنه تصرف صدر من أهله في محله وهو الدين إلا أن عدم اللزوم في باب القرض لضرر ورقة الاعارة ولم يوجد هنا فيلزم على الأصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب المضمون فالكلام في هذا الحكم في مواضع في بيان أصل الحكم أنه سبب أم لا وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان صفة الحكم الثابت (أما) الأول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله ثبت إذا كان الحبل قابلاً للثبوت ابتداء وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت أصلاً حتى أن من غصب عبداً أو كتمسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعندنا وعند مالك للمالك ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده إلى المالك فالمغصوب منه بالخيار أن شاء انتظر إلى أن يظهر وإن شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر أن أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها ورضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مديراً يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لا بدله من سبب والغصب لا يصلح سبباً لأنه محذور والمالك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحذور ولأن ضمان الغصب لا يقابل العين وإنما يقابل اليد القائمة فلا تملك به العين كما في غصب المدبر (ولنا) أن ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولأنه إذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لأنه مقدّر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكامله لم يزل ملكه عن المغصوب لا اجتماع البدل والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز وإذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لا حذفيه فيملكه كما يملك الخطب والحشيش بأثبات يده عليهما وبه تبين أن ما هو سبب الملك فهو مباح لا حظ فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لأنه لا يثبت له ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداءً وههنا بخلافه والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بان اختلف في القيمة وقضى القاضي بالقيمة بقول الغاصب وبيمينه ثم ظهر العبد ذكر في ظاهر الرواية أن المغصوب منه بالخيار أن شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وإن شاء رد الأخوذ وأخذ العبد لأنه تبين أن الأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكامله فيثبت له الخيار وإن أراد استرداد العبد فالغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد في يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة أن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذه وإن لم يكن فيها فضل فلا شيء سوى له القيمة وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا ظهر العبد وقيمتها أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما إذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخي رحمه الله لأنه رضى بزوال ملكه بهذا البدل وفي ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى الغاصب أنها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منها أنها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقا نفسه أن القول قول الغاصب لأن التملك قد صح فلا يفسخ الشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لأن الملك في الضمان يستند إلى وقت وجود الغصب فكذا

في المضمون فيظهر في الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك في المضمون فاهو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو اختيار الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب في القيمة له ذلك وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الأصل يبنى الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عنده وعندهما لا يجوز (ووجه) البناء انه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون ربا ولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصلح تقدير القيمة للمغصوب هذا القدر وتلك للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون فلا خلاف بين أصحابنا في أن الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان بنفذ كما تنفذ هذه التصرفات في المشتري شراء فاسداً واختلقوا في أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فاذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وإن كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصديق بالفضل إن كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهو القياس وقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان (وجه) القياس أن المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما في سائر أملاكه ويطيب له الربح لأنه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر في المملوك المضمون أولى (وجه) الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام أضأفه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام بمضغه ولا يسيفه فقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لترضيه بتمننا فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الأسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الأسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لأصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالاً طيباً لأطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الأكل ولأن الطيب لا يثبت إلا بالملك المطلق وفي هذا الملك شبهة العدم لأنه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه يقتصر على الحال من وجهه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولأن الملك من وجهه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث ولأن إباحة الانتفاع قبل الرضا يؤدي الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بال دقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصديق بالفضل فظاهر هذا الإطلاق يدل على أن عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال في الطحن مثل قولهما أنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن الحنطة لم تملك بالطحن وإنما تغيرت صفتها من التركيب الى التفريق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائماً بخلاف الزرع لأن البذر يهلك بالزراعة لأنه يغيب في الأرض فيخرج من أن يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصارت نخلاً أنه يحل الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها وقال في الودي اذا غرسه فصارت نخلاً أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لأن النوى يفسد ويهلك والودي يزيد في نفسه وروى عن أبي حنيفة في الشاة اذا ذبحها فشواها أنه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحد حتى يضمن القيمة وإن كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها واذا دفع الغاصب

قيمتها يحل له الا كل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم وهذا عندى ليس باختلاف رواية بل هذه
 الرواية تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه يحمله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار
 الضمان فالمدكو رهنا مفسر فيحمل الجمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار الضمان ورضاه
 لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سواء أدى
 الضمان أولا وهذا قوطهما وهو قياس قول أبى يوسف رحمه الله في الشاة المشبوبة أنه يحل له الانتفاع بها فيا كلها
 ويطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف في انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الا كل وكذلك اذا أبرأه عن
 الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا
 للضمان ورضاه وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها
 في قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله هي طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلا فأيضمن قدر ما أتلف
 ويطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بريح والنهي وقع عن الريح (وأما) الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي
 رحمه الله للمالك وهي فريضة مسئلة المتنافع وقد مررت في موضعها (وأما) التصديق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها
 خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصديق ولا بى يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن
 وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك
 فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يغرم النقصان وياخذ رأس
 المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب ينقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار
 مضمون بالاتلاف وبلا خلاف وأما التصديق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض الغصب وان
 كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وهذا ليس بربح فلم يحرم
 والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب القفا فاشتري جارية فباعها بالدين ثم اشترى بالالفين
 جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله لا يلزمه التصديق بشئ لانه
 ربح مضمون مملوك لانه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ويجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا
 اجتمع الضمان والمالك وهما ية ولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا
 الملك شبهة العدم على ما يتأفيا تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوى الدين فوهبها أو اشترى به
 طما ما يساوى الدين فأكله لم يتصدق بشئ لانه لم يحصل له الربح ولان الحبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة
 توجب التصديق اما لا توجب التضمن وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدي الوديعتين بالآخرى خلطا
 لا يتميزان المخلوط يصير ملكا له عند أبى حنيفة رحمه الله لكن لا يطيّب له حتى يرضى صاحبه على ما ذكره ان شاء الله
 تعالى ولو اشترى بالدرهم المغموص به شيئا هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصديق ذكر الكرخي رحمه الله وجعل ذلك
 على أربعة أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير الى غيرها وينقد منها واما
 ان يطلق اطلاقا وينقد منها واذا أثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد
 منها وذكر أبو نصر الصنفار والفقهاء أبو الليث رحمهما الله انه يطيّب في الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه
 لا يطيّب في الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبى نصر وأبى الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب في ذمة المشتري
 دراهم مطلقه والمنقودة بدل عما في الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدرهم
 لا تفيد التعيين فالتحققت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدرهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث
 المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم تأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه
 فكان المنقود بدل المشتري فكان خبيثا (وجه) قول أبى بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت الخبث وهذا لأنه أن أشار إلى الدراهم المنصوبة فالمشار إليه أن كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين في حق جواز العقد بغير جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشتري من وجهه تقدمها أو من غيرها وإن لم يشر إليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشتري فتمكنت الشبهة فيخبت الرجح وإطلاق الجواب في الجامعين والمضارب دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى في زماننا بقول الكرخي تيسيرا للأمر على الناس لا زدحام الحرام وجواب الكتب أقرب إلى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولأن دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينسخ العقد من الأصل فتبين أن المشتري كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المنصوبة امرأة وسعدها يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا أن عند الاستحقاق ينسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المنصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسهان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذي يتعلق بحال نقصان المنصوب فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان أما الأول فتقول وبالله التوفيق إذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المنصوب والعارض لا يخلو أمان أن يكون بغير السعر وأما أن يكون فوات جزء من المنصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فإن كان بغير السعر لم يكن مضمونا لأن المضمون نقصان المنصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المنصوب بل لفتور بحمدته الله تعالى عز شأنه في قلوب العباد لا يصنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وإن كان فوات جزء من المنصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمنصوب لا يخلو أمان أن يكون من غير أموال الربا وأمان أن يكون من أموال الربا فإن كان من غير أموال الربا يكون مضمونا إذا لم يكن للمنصوب منه فيه صنع ولا اختيار لأنه هلك بعض المنصوب بصورة ومعنى أو معنى لا بصورة وهلاك كل المنصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا أن ضمان الغصب ضمان جبر الفاتئ فيقتدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما إذا سقط عضو من المنصوب في يد الغاصب بأففة سماوية أو لحقة زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو وصم أو بك أو حى أو مرض آخر أنه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه في يد المولى أو أقطع الحمى رد على الغاصب ما أخذه منه بسبب النقصان لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو المعجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو أبق المنصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة إذا لم يكن أبق قبل ذلك أو زنت الجارية المنصوبة أو سرقته إذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبه موجهة للرد في باب البيع وجعل الأبق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجه) قوله أن الجعل من ضرورات رد المنصوب لأن رد المنصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد إلا بإعطاء الجعل فكان من ضرورات رد الردي فيكون عليه مؤنة الرد (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله أن الجعل إنما يجب بحق الملك والمالك للمنصوب منه فيكون الجعل عليه كدأوة الجراحة ولو قتل العبد المنصوب أو الجارية المنصوبة في يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد في نفس أو مادونها جناية رد إلى مولاه أو يقال له أذفعه بجنايته أو أفده لأن الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأن هذا الضمان إنما وجب بسبب كان في ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يتخاطب المولى بالبيع أو القداء ويرجع على الغاصب بالأقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المنصوب نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لأن قتله نفسه هدر فصار كموته حتف الله ولو كان المنصوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الأم ولا يضمن قيمة الولد لأنه أمانة وكذلك إذا كبر المنصوب في يد الغاصب من الغلام والجارية فإن غصب عبد أشأ بأفشاخ في يد الغاصب أو جارية شابة فهارت

عجو زأفى يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهداً فانكسر نديها في يد الغاصب لان نهود التدبين صفة مرغوب فيها ألا يرى الى قوله عز وجل وكواعب أترابا وأمانيات الخمية للمرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى ان حلق الخمية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبداً قارناً فنسى القرآن العظيم أو محترفاً فنسى الحرفة يضمن لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه وأما حبس الجارية المنصوبة بان غصب جارية فحلت في يده فان كان المولى أحبها في يد الغاصب لاشىء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كأنه حصل منه أو حدث في يده وان حلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر الى ما نقصها الحبل والى أرش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعاً وروى عن محمد رحمه الله انه أخذ بالقياس (وجهه) القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصاً ناعلي حدة فيفرد بضمان على حدة (وجهه) الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصاً ناعلي حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب أحدهما فوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملاً فماتت في يد المولى من الولادة فبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة (وجهه) قولهما ان الرد وقع صحيحاً من الغاصب في القدر المردود وهو ما وراء القاتت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجدي يده وهو الولادة فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البائع شئ كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل أو الزنا لان ذلك أفضى الى الولادة والولادة أفضت الى الموت فكان الموت مضاعفاً الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد لم يصح لانعدام شرط محتمه وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع الوجوه فصار كأنها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لان الواجب هناك هو التسليم ابتداء لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف الحرية اذ انابها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة بالاخذ ليلزمه الرد على وجه الاخذ بخلاف الامه ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه الا نقصان الزنا (وجهه) قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولا يضمنه الغاصب لان النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف الى حين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجدي يده وهو الضرب فلا يكون مضموناً على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فابو حنيفة رضي الله عنه نظر الى وقت وجود السبب وهما نظر الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض العتد ويرجع على البائع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقاً قطع في يده رجع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البائع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضرراً جازاً فكيف يضاف نقصان الجرح اليه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا بعد اقامة الجلدات انهم لا يضمنون بنقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب ضرراً جازاً فلم يضاف نقصان الجرح اليها كذا هذا قيل له ان النقصان لا يضاف الى السبب

السابق ههنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في يد الغاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كأنها ضربت في يد الغاصب فانجرح عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان التقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المنصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام في هذه المسألة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسألة الاولى الى الان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخول الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلفوا في اعتباره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المنصوبة في يد الغاصب فردها على المولى فماتت في يده من الحمى التي كانت في يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالكلام التي لا تحملها النفس وانها تحدث شيئا فشيئا الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلًا بسبب كان في ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محبوبة أو حبلى أو بها جراحة أو مرض آخر سوى الحمى فماتت من ذلك في يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب حيث جعل هنالك موتها في يد المالك كوتها في يد الغاصب ولم يجعل ههنا موتها في يد الغاصب كوتها في يد المالك (ووجهه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل لانه يفضى اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا ان حصل بسبب كان في يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها في ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلك في يده تقرر الضمان لكن منقوصا عما بهما من المرض ونحوه لانهم لم تدخل في ضمان الغصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سميئة فزلت في يد الغاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سميئة في يده فردها لاشي عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن أصلا وكذا اذا قطعت سنها في يده فنبئت فردها لانها لما نبئت نانيا جعل كأنها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها في يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لقوات جزء من المنصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم القوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المنصوبة اذا قصبتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام والولد جميعا قائمين في يد الغاصب واما ان هلك جميعا في يده واما ان هلك أحدهما وبقي الآخر فان كانا قائمين ردهما على المنصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انجبر به ولا شيء على الغاصب وان لم يكن في قيمته وفاء لنقصان انجبر بقدره وضمن الباقي استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو لم يكن في الولد وفاء لنقصان وقت الرد ثم حصل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل في ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر التقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت في يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيئا خلافا لفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيبعا فاسد أو هي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء فرد المشتري الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيئا خلافا لفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فخال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة ما تاتي درهم وفي الولد وفاء بالنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف ولا يسقط منه شيء وعند

زفر رحمه الله ببق فيما وراء النقصان ويسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله في مسألة الغصب أنه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراً له لأن ضمان الغصب ضمان جبر الفاتئ وقد حصل القوت فلا بد له من جابر والولد لا يصلح جابر له لأن الفاتئ ملك المنصوب منه والولد ملكه أيضاً ولا يعقل أن يكون ملك الإنسان جابراً للملكة فلزم جبره بالضمان (ولنا) أن هذا نقصان صورة لا معنى فلا يكون مضموناً كنقصان السن والسمن والقطع وقدر الدليل على أن هذا ليس نقصاناً معنى أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لأن الزيادة مال متقوم مثل الفاتئ فالسبب الذي فوت أفاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل القوت إلا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله أن جبر ملكه بملكه غير معقول لأن ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمنع تحقق القوت من حيث المعنى فلا حاجة إلى الجابر وإن هلك جميعاً في يد الغاصب ضمن قيمة الأم يوم غصب ليحقق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندئذ لأنه غير منصوب وعند الشافعي رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقد مرّت المسئلة في صدر الكتاب وإن كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لأن الولد إن كان أمانة في يد الغاصب عند نأفلا مائة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بيننا في تقديم فإن كانت قيمة الأم الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوي مائتين ضمن قيمة الأم يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف في قيمة الأم وإن شئت ضمنته قيمة الأم يوم ولدت وقيمة الولد بامه وكل ذلك سواء لأن النقصان إذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان في الحاصل الف ومائة فإن اعتبرت قيمة الأم تامة بقي نصف قيمة الولد وإن اعتبرت قيمة الأم تسعمائة بقي كل قيمة الولد وإن هلك أحدهما بقي الآخر فإن هلك الولد قبل الرد إلى الأم وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندئذ لأنه هلك أمانة فإن هلك الأم وبقي الولد ضمن قيمة الأم يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الأم بالولد وإن كان في قيمة الولد وفاء بقيمة الأم بخلاف ضمان النقصان أنه يجبر بالولد لأن الجبر هناك لا اتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا إلا الولادة سبب لحصول الولد وليست سبباً لهلاك الأم لأنها لا تنقضي إلى الهلاك غالباً فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما إذا غصب ثوباً فقطعه ولم يخطئه أن المنصوب منه أن يضمنه النقصان غير أن النقصان إن كان يسيراً لا خيار للمغصوب منه وليس له الاضمان النقصان لأن ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وإن كان فاحشاً بأن قطعه قباء أو قميصاً فهو بالخيار إن شاء أخذه مقطوعاً وضمنه ما نفعه القطع وإن شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لأن القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى أنه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكه من وجهه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وإن شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر في الأصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أو لا بعد أن لم يكن شواهاً ولا طبخها وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن شاء أخذ الشاة ولا شيء له غيرها وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية أن ذبح الشاة إن كان نقصاناً بصورة فهو زيادة من حيث المعنى لأن المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة إلى هذا المقصود فلم يكن نقصاناً بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسناً في الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على الحسين من سبيل فإذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شيء آخر إلا أنه ثبت له خيار الترك عليه ويضمنه القيمة لقوات مقصود ما في الجملة (وجه) رواية الأصل أن الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخرى من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تقويماً لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصها واستهلاكها كاملاً من وجهه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما في مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال ونقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين في يد الغاصب وقيمتها في ذلك المكان أقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها فيه أقل من قيمتها في مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجدته في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصدقه لانه حصل بتغير السعر ولا يصنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعنى مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه ولو كانت قيمة العين في المكان المنقول اليه مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وههنا يمكن الوصول الى العين من غير ضرر يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت أمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها وقتلها عادة فلم يكن النقل نقصا لها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه بردها لانه هو الحكم الاصلى للغصب والمصير الى القيمة لعارض المعجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ بقيمتها التي كانت وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين ان الغصب السابق وقع اتلاف من حين وجوده والحكم ثبت من حين وجود سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها في المكان الذي التقيا فيه أقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل في هذا المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التي لها حمل ومؤنة يختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ في هذا المكان يكون اضرار به فيثبت له الخيار ان شاء أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها في هذا المكان أقل وان كانت قيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة أكثر من قيمتها في مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل في مكان الخصومة وان شاء أعطى القيمة في مكان الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضرر بالغاصلا وفي التأخير الى العود الى مكان الغصب ضرر بالغاصب منه فيسلم اليه في هذا المكان القيمة التي له في مكان الغصب الا ان يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالكيالات والموزونات فانتقص في يد الغاصب بصدقه أو بغير صدقه فليس للمغصوب وبمنه أن يأخذه منه ويضمنه قيمة النقصان لانه يؤدي الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فحنطه فحنطت في يد الغاصب أو ابتلت أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ذلك بناء على ان الجودة باقرادها لقيمة لها في أموال الربا عندنا وعند هالقيمة والمسألة اتمرت في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم تكن متقومة تؤدي الى الربا ولو غصب درهما صحيحا أو ديناراً صحيحا فانكسر في يده أو كسره ان كان في موضع لا يتفاوت الصحيح والكسر في القيمة لا شيء على الغاصب وان كان في موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه ويضمنه

النقصان عندنا خلا للشافعي رحمه الله بناء على الأصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب انا فضة أو ذهب فانهم في يد الغاصب أو هشمة فالملك بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لأن الجودة لا قيمة لها باقرادها فامع الأصل فتتقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربا فإلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدرهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الأصل في الباب فلا يعدل عن الأصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم ترقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لانه صرف وكذلك آية الصفر والنحاس والشبه والرصاص ان كانت تباع وزنا فهي وآنية الذهب والفضة سواء لانها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الرابا كذهب والفضة فاذا انهمشت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو يسير ان شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه بالقيمة من الدرهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطا بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكمل وموزون اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانكسرت أو كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار التزك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وان كان ورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صححها وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا في يده أو لبنا حلليا فصار مخيضاً أو عنباً فصار زبيبا أو رطباً فصار تمرأ ان المغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لان هذه من أموال الرابا فممكن الجوده فيها باقرادها متقومة فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم وأما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صححها ويقوم به العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول والله التوفيق اذا حدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو اما ان كانت منفصلة عن المغصوب واما ان كانت متصلة به فان كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الأصل كالولد والثمره واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقرا أو غير متولدة منه أصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لان المتولد منها ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الاجرة بان أجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلا للشافعي رحمه الله بناء على ان المنافع ليست بأموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وانما يقوم بالعقد وانه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالأعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الأصل ولا شيء عليه للغاصب لانها ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما ذكرنا ان شاء الله تعالى وان لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم ولكنه ليس ببيع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه أحمر أو أصفر بالصبغ والزعفران وغيرهما من الألوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل الى ابطال

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا يمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المصنوع منه والصبغ ملك الغاصب والتميز متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على قدر حتهما وانما كان الخيار للمصنوع منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخير صاحب الأصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يجبس الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسوداختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شاء أخذ الثوب ولا شئ للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يخرج الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب أبي حنيفة رحمه الله في سواد ينقص وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصاناً في زمنه وزمنهما كان يعدز زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصفر اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيد قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب ابيض ثلاثين درهماً وان شاء أخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن يقدر خمسة فيه صبغ فخير نقصان الخمسة به أو صارت الخمستان قصاصاً وبقي نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المصنوع بعصفر نفسه وباعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضي له بالثوب ويستوفى منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان الغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المصنوع في صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح ثوب انسان فالتقه في صبغ غيره فأنصبغ به فان كان الصبغ عصفراً أو زعفراناً فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه لاسيما وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه ابيض لان حقه في الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ في الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القائم في الثوب لا في الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذ صاحب الثوب ولا شئ عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل في ضمانه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المصنوع أو يخلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوث ولا يقال سمن ملتوث وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اختلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اختلط به فان كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنه لا يصلح بالخلط ولا تزيد قيمته كالدهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوباً ومن انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لانه أ تلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضموناً بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا صبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد ينأ ذلك ولو غصب من انسان
 ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان
 لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود
 الاتفاق منه فملك بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف
 لا يمكن اعتبار فعله في ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفر من رجل واحد
 فصبغه به فالغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويرى الغاصب من الضمان في العصفور والثوب استحسانا والقياس
 ان يضمن الغاصب عصفر امثله ثم يصير كانه صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه ألتف
 عليه عصفره وملك بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان
 ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل
 يكون نقصا فاذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفور لرجل والثوب لا خرف ضيا يأخذه
 كما يأخذ الواحد ان لو كاله فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى
 أعلم ولو غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوبا نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن
 مثله وليس لصاحب العصفور أن يحبس الثوب لان الثوب أصل والعصفور تبع له والسواد في هذا بمنزلة العصفور في قول
 أبي حنيفة رضي الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها في حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه
 وتعالى أعلم ولو غصب دارا فخصصها ثم ردها قبل لصاحبها اعطاه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار
 أن يأخذ الغاصب حصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض
 فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن
 يأخذ حصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبي يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شيء عليه وقال محمد
 رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط
 زيادة في المصحف فأشبه الصبغ في الثوب (وجه) ما روى عن أبي يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن
 للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقى مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالقدوم ولم يوجد في
 المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجرد مندوبا اليه
 كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده أو سمن
 أو زاد دت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما
 الزيادة نعمة ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ وصح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على
 المالك بما اتفق لانه اتفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه
 الغاصب وأتفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا طلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شيء
 للغاصب فيما أتفق لما قلنا ولو كان حصدا لزرع فاستهلكه أو جرد من الثمر شيئا أو جزر الصوف أو حلب كان ضمنا لانه
 ألتف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا باقتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب لانه
 ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما القتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن
 الثوب واعادته في الحالة الاولى والصابون أو الحرص فيه يتلف ولا يبقى وأما القصاره فانها تسوية أجزاء الثوب فلم
 يحصل في المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمر اغفلها فلصاحبها أن يأخذ الخمر من غير شيء
 لان الخمر ملكه لان الملك كان ثابتا له في الخمر واذا صار خلا حدث الخمر على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال
 متقوم قائم لان الملح الملقى في الخمر يتلف فيها فصارت كما لو تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لا أخذه من غير شيء كذا

هذا وقيل موضوع المسئلة أنه خالفها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشيء له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه أنه ان دبغه بشيء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلد ها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالتقاء في الطريق اباحة للاخذ كالتقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولوهلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشيء لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجوب بالغصب السابق واما ان يجوب بالتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثاني لانه لم يوجد التلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه والتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه بوجوب الضمان ولودبغه بشيء متقوم كالقرط والعنق ونحوهما فلصاحبه ان يأخذه ويرغم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولوهلك في يده بعد ما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر في ظاهر الرواية أن على قولهما يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوي رحمه الله في مختصره ان عندهما يغيرم قيمته ان لو كان الجلد كيا غير مدبوغ (وجه) قولهما انه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشيء لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابته قبل الدباغ وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولا يحنيفة رضي الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجوب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حتمه فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحقق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجوب الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع ليدكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند التلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد كيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان يأخذه ولا شيء عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيئا لان الجلد قائم لم ينقص ولودبغه بماله قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد دأبأ أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فرأ لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيئا آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكه له معنى ثم ان كان الجلد كيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شيء ولو غصب عصير المسلم فصاخر في يده أو خلا ضمن عصير امثله لانه هلك في يده بصيرورته حرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا يثبت للغاصب فان القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لا ظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصل للمغصوب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فلم يثبت العجز عن الاصل لا يقضي بالقيمة التي هي خلف ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو وصفه أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعي عليه الضمان وهو ينكر فكان القول بقوله

اذ القول في الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعي المغمصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الابينة لان
الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعي افساخ السبب فلا يصدق من
غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغمصوب منه هو الذي أحدث العيب في المغمصوب لا يصدق الابينة
لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه في ضمانه فهو يدعي أحداث العيب من
المغمصوب منه ويدعي خر وج بعض أجزائه عن ضمانه فلا يصدق الابينة ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب
الدابة وثقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه وأنها ثققت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود
المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فنوا الامر على
ظاهر بقاء المغمصوب في يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو
الرد لانه امر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود الزكية وروى عن أبي يوسف
رحمه ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام
الغاصب البينة ان العبد مات في يده ولا قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته في يده ولا قبل الغصب
لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقق بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغمصوب منه ولان من الجائز ان
شهود الغاصب اعتمدوا واستصحبوا الحال وهو حال السيد التي كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة
ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك السيد قائمة فاستصحبوها وشهود المغمصوب منه اعتمدوا في شهادتهم بتحقيق الغصب
فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة
وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد بالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق
بها حكم فالتحقق بالعدم بقيت بينة المغمصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله في الاملاء
اذا أقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغمصوب منه وأقام المغمصوب منه البينة أنه مات في يد الغاصب فالبينة بينة
الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الردو بينة المغمصوب منه قامت على ابقاء ما كان على
ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغمصوب منه البينة ان الدابة ثققت
عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغمصوب منه وعلى الغاصب القيمة
لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغمصوب منه لانها قامت على رد المغمصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً
وركبا فنفق في يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود
الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لا آخر غصبنا منك الفأثم قال كناعشرة قال أبو يوسف رحمه الله
لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ
واجب وفي الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما
أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لآلينا كلامه ولا
شك ان العمل بالمجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل التلاف فالكلام فيها ان التلاف لا يخلو اما ان ورد على بني آدم واما ان ورد على غيرهم
من البهائم والجمادات فان ورد على بني آدم فخكه في النفس ومادونهان ذكره في كتاب الجنائيات ان شاء الله تعالى وان
ورد على غير بني آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان كونه
سبب الوجوب الضمان وفي بيان شروط وجوب الضمان وفي بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان
التلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشيء اخرجه من أن يكون منتفعاً
به منتفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء واضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

ما اعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقد تعذر نفي الضرر من حيث
الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام التلطف فينتفي الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب
الضمان بالغصب فبالا تلاف أولى لانه في كونه اعتداء واضرار أفرق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب
بالا تلاف أولى سواء وقع اتلافه صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للا انتفاع أو معنى باحداث معنى فيه يمنع من
الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضرار وسواء كان الاتلاف مباشرة بإيصال الآلة
محل التلف أو تسبباً بالفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضرار أفرق وجب
الضمان وبيان ذلك في مسائل اذا قتل دابة انسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة انسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه
ضمن سواء كان المتلف في يد المالك أو في يد الغاصب لتحقيق الاتلاف في الحالين غير ان المغصوب ان كان
منقولاً وهو في يد الغاصب يخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان
من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين
ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن
الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفي المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما
وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أهم ما شاء كما في المنقول وكذلك اذا قص مال انسان بما لا يجري فيه الربا
ضمن النقصان سواء كان في يد المالك أو في يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمنه يمكن لانه لا يؤدي
الى الربا فيضمن قدر النقصان بخلاف الاموال الربوية على ما مر غير ان التضمن ان كان بفعل غير الغاصب
فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذي نقص وان شاء ضمن الذي نقص
وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبد أقيمته ألف درهم فازداد في يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين
فقتله انسان خطأ فالملك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل
قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سبب وجوب الضمان الغصب والقتل والزياة الحادثة في يد الغاصب غير مضمونة
بالغصب وهي مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب القاتل والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن
الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك
المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصديق بالفضل على الالف فلتتمكن
البحث فيه لا اختلال الملك وينبغي ان يكون هذا على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اظهر فأما على أصل أبي يوسف
رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصديق به وان قتله الغاصب بعد الزياة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء
ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب ألف درهم وان شاء ضمن عاقلة قيمته يوم القتل الف درهم وهو الصحيح بخلاف
المغصوب اذا كان حيواناً سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزياة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم
عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه الفرق بينهما فيما تقدم ولوقت العبد نفسه في يد الغاصب بعد حدوث الزياة ضمن
الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته
يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولداً فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها
يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها مدر ولا حكم له فالتحق بالدم كانه مات تحت ألقه
فهلك أمانته وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو أودع رجلان رجلاً كل واحد منهما ألف درهم فخلط المستودع أحد
الالفين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما ألفاً وملك المخلوط في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع
اتلافاً معني وعندهما بالخيار بين أن يأخذ ذلك ويقسمه بينهما وبين أن يضمنه والمسئلة مرت في كتاب
الودعة ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع كل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عند هملما ينقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رحمه الله ان اقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خيب فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كرا غصب رجل أحدهما أو سرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الا خر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كرا الغصب ولم يضمن كرا الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقي الكرا المضمون وكرا الامانة في يده على حالهما فصار كأنهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطاً لا يضمن ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكاً للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كالمخلوط لا يضمن لا يضمن كرا المالكين على وجهه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء في طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فليصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاماً مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء في دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدماً حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قوله ما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعي رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتسلاً فالطير تسبباً لان الطير ان للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلاً له تسبباً فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعي رحمه الله ايضاً الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطير ان بعد ذلك مضافاً الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قوله ما ان الفتح ليس باتلاًف مباشرة ولا تسبباً (أما) المباشرة فظاهرة لا انتفاء (وأما) التسبب فلان الطير مختار في الطيران لانه حتى وكل حتى له اختيار فكان الطيران مضافاً الى اختياره والفتح سبباً محضاً فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لقلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمسك عند عدم المانع الاعلى تنقض العادة فكان الفتح تسبباً للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذاتاً فسال منه ضمن وان كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال لم يضمن لماذا كرا ان المائع سيال بطبعه اذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمسكاً كعادة فكان حل الرباط اتلاًف له تسبباً فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان حماراً متاعاً لكن لا يصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافاً اليه لا مباشرة ولا تسبباً فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبي صغيراً حراماً من أهله فمقره سبع أو نهشته حية أو وقع في بئر أو من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبباً لانه كان محفوظاً بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلاًفاً تسببياً والحران لم يكن مضموناً بالغصب يكون مضموناً بالاتلاف مباشرة كان أو تسبباً ولو قتله انسان خطأ في يد الغاصب فلا ولياً له أن يتبعوا أيهما شاء والغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلو جرد الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلو جرد الاتلاف منه تسبباً لماذا كرا والتسبب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغاصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر أن يقوم مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن ويرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتل انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاءوا قتلوا القاتل و برى الغاصب وان شاءوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فلو جود القاتل العمد الخالي عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فلو جود الاتلاف منه تسببا على ما بينا فان قتلوا القاتل برى الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصير ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التملك فلم يقيم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فستقط القصاص وينقلب مالا والمال يحتمل التملك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال ولو قتل الصبي انسانا في يد الغاصب فردته على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشئ لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغاصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسببا بجناية غيره عليه لا بجنانيته على غيره ولو قتل الصبي نفسه أو أتى على شئ من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالقتل نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبي يوسف وعند محمد لا يضمن وجهه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كأنه مات حتف انفسه أو سقطت يده بأقمة ماوية ولو كان كذلك لاضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا الوجوه على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبي يوسف أن الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسببا وقد وجد التسبب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسببا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبر افات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد ماتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بأقفة على الوجه الذي بينا أنه يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يكرم قيمته اخالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسببا وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر في أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما شرائط وجوب هذا الضمان فنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا لسقوط تقويم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو أتلف مسلم أو ذمى على ذمى خمر أو خنزير يرضى عندها خلافا للشافعي رحمه الله والدلائل مررت في مسائل الغصب ولو أتلف ذمى على ذمى خمر أو خنزير أو أسلما أو أسلم أحدهما أو في الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذي لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانما دراهم أو دنائير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنائير (وأما) في الخمر فان أسلما جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضى وهو روايتهم عن أبي حنيفة لا يبرأ المطلوب ويتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمته للذمى فكذا اذا أتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ولو كسر على انسان بر بطلا أو طبل يضمن قيمته خشبا منحوتا عند أبي حنيفة رحمه الله وذكر في المنتقى خشبا ألواحا وعندهما

لا يضمن وجهه قوطهما ان هذا آلة الله والفساد فلم يكن متقوما كالنمر ولا بى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لا نسان مسكرا أو منصفافهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة للنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تماثلا بل رأس ألا ترى انه ليس بمحظور فكان النقش منقوشا ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا لان التمثال على البساط ليس بمحظور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محظور فاما الصبيغ فتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محظور وهذا اذا كان الغناء زيادة في الجارية فاما اذا كان نقصا نا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا تخرج المباحات التي ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذا التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما لفقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التي لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصبح لان كون الشيء مملوكا كافى نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شرى يكتن زرعها أحد هما وتراضيا على ان يعطى الذى لم يزرع نصف البذر ويكون الخاريج بينهما فهذا لا يحل (أما) ان كان الزرع نبت (وأما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يحز لانه لا يدري ما بقى تحت الأرض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذى لم يزرع القسمة قسم وأمر الذى زرع ان يقلع ما فى نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلقت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدر او لا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلقت مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلقت مال العادل لانه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبي مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف فى حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال الخمصة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهى مباح وهى مضمونة بالاتلاف عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا أتلقت مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلقت مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم كما فى النصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ من فروع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا فى مسائل الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ماسوى بنى آدم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمن القيمة ان كان ممالا مثل لانه لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما فى الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

في هذا الكتاب فصلان فصل في الحجر وفصل في الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان أسباب الحجر والثاني في بيان حكم الحجر والثالث في بيان ما يرفع الحجر (أما) الأول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ماها رابع الجنون والصبأ والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل العنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجوز عندهم في السفه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفي المبذر الذي يسرف في النفقة ويغيب في التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مطلعه عند القاضي وطلب الغرماء من القاضي ان يبيع عليه ماله ويقضى به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال يخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضي وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجأ أمواله فطلبوا من القاضي أن يحجره عن الاقرار للغرماء فيجوز الحجر في هذه المواضع عندهم وعنده لا يجزى وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان لا يجزى الحجر الا على ثلاثة المتفق الماجن والطيب الجاهل والمكاري المقلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المسمى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المتفق لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطيب لو باع الادوية بعد الحجر فقد بيعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسى أى يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسالاً المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان المتفق الماجن يفسد أديان المسلمين والطيب الجاهل يفسد أديان المسلمين والمكاري المقلس يفسد أموال الناس في المقازة فكان منهم من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقص بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضي على السفه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضي قضاء منه وقضاء القاضي في المجتهدين انما ينفذ ويصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا يخلاف سائر المجتهدين التي لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في السفه انه هل يصير محجوراً عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضي قال أبو يوسف لا يصير محجوراً الا بحجر القاضي وقال محمد يصير محجوراً بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضي وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين ولياً منهم السفه وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ولي للسفيه لانه اذا كان له ولي دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبي والجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وان كان سفيهاً وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص في الباب لان البيع عليه لا يذكر الا في غير موضع الرضا ولان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة وبالجزأ أخرى والمصلحة ههنا في الحجر ولهذا اذا بلغ الصبي سفيهاً يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بخلاف ولهذا حجر على الصبي والجنون لكون الحجر مصلحة في حقهما كذا ههنا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبيخس منه شيئاً أجاز الله تعالى البدلين حيث ندب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالملاء ونهى عن البخس مامان غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز وبيع السفينة ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو على من أهدى الله لكم سبيلاً وقوله تبارك وتعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاماً والمحرر عن المشرع ومتناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحرير على المظاهر والخالف الحائث وجوازهم عن الكفارة عاماً وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحرير على السفينة ولو حرر لا يجرى به عن الكفارة لأنه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقاً بموضع فلا يقع الصحرير تكفيراً كانت الآية حجة عليهما ولأن بيع السفينة مال نفسه تصرف صدر من الأهل بركته في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لأن وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً بصدوره من أهله وحولته في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وأنه لا ينفذ كالقبض على (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفينة هو الصغير به تقول وقيل إن الولي ههنا هو من له الحق بملي بالعدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيئاً ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والأولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارزقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والأولاد الصغار هو الذي يجب على الأولياء والأولاد رزق السفينة وكسوته فإن ذلك يكون من مال السفينة على أن في الآية الشريفة أن لا تؤثروهم مال أنفسكم لا نه سبحانه وتعالى أضاف الأموال إلى المعطى لا إلى المعطى له وبه تقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه إذ لا يظن به أنه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويتمتع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته كما روى عن جابر رضي الله عنه أنه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديوناً فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام أن يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضياً وكان كما ظن والاستدلال بمنع المال إذا بلغ سقيماً لا يستقيم لأن المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطراً من المال فتبوت أدنى الولاتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم تقول انما يمنع عن ماله نظر الله لتقليل للسفينة لما أن السفينة غالباً يجري في الهبات والتبرعات فإذا منع منه ماله ينسد باب السفينة فيقل السفينة (فأما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفينة فلا حاجة إلى الحجر لتقليل السفينة وأنه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضرراً بأبطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر ابطال الأهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المجنون فإنه يمنع عنه ماله مادام مجنوناً وكذلك الصبي الذي لا يعقل لأن وضع المال في يده لا يعقل له اتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئاً من أمواله ويأذن له بالتجارة للاختيار عندنا لقوله تعالى وابتلوا اليتامى أذن سبحانه وتعالى للأولياء في ابتلاء اليتامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الأذن بالابتلاء أذناً بالتجارة وإذا اختره فإن أنس منه رشده دفع الباقي إليه لقوله تعالى فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيئاً من أمواله إليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرة في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى وإن لم يأنس منه رشده أمعنه منه إلى أن يبلغ فإن بلغ رشده دفع إليه وإن بلغ سقيماً مفسداً مبدراً فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة بالاجتماع فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع إليه مادام سقيماً (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وأما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يحلوا ما أن يكون من

الاقوال وأما أن يكون من الأفعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ولا ينقذ بيعه وشرؤه حتى لا تلحقه الإجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإجازة ونحوها فينقذ عندنا موقوفا على إجازة وليه فإن أجاز جاز وإن رد بطل وعند الشافعي رحمه الله لا تنقذ أصلا وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مررت في موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (وأما) إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتى يؤخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينقذ موقوفا على إجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت في مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهي العصبوب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلغ الصبي والمجنون شيئا فضمانه في ما لهما وكذا العبد إذا أتلغ مال إنسان فإنه يؤخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفينة فعند أبي حنيفة عليه الرحمة ليس بمجبور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد في التصرفات سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وإذا بلغ رشيدا دفع إليه ماله (فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعدما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشرؤه وإجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدبيره واستيلاؤه وتحجب عليه نفقة زوجه وأقاربه والزكاة في ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجته وأقاربه ويؤدى الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكره والهدى على يد أمين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية عليه لآبيه وجدته وصبيها ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي نصح من العاقل البالغ الرشيد إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزكاة باطلة وإذا أعتق عبده يسعى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله أنه رجوع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفينة أو اشترى نظر القاضي في ذلك فإذا كان خيرا أجاز وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شبتان أحدهما إذن الولي بإياه بالتجارة والثاني بلوغه إلا أن الاذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها إلا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي إلا بالبلوغ وقد مررت بالمسألة ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيدا أو سفيها وكذا عند أبي يوسف إلا أن يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبي حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله إلى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول إلا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والأحبال والأزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد شيء من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فلم يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية لارتفاع الخطأ والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ ثبت بالاحتلام ولأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرأة كمال الحال وذلك بكامل القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الأسباب والآلات هي امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس ثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب لنزول الماء على الغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبرانه مكثوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا في خروج الماء للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيزه ولا يدخل في حيزه الا بآء حتى يسمى أبا فلان ولولده فلان في المتعارف لان عنده يصير من أهل العلق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام ثبت بالانزال لان ما ذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا ان الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلى الحكم به وكذا الاحمال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شيء مما ذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء في أدنى السن التي يتعلق بها البلوغ قال أبو حنيفة رضي الله عنه ثمان عشرة سنة في الاسلام وسبع عشرة في الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله خمس عشرة سنة في الجارية والاعلام جميعا وجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشر سنة عادة فاذا لم يحتمل الى هذه المدة علم أن ذلك لا كفة في خلقة والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فقد جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة نعتا للبلوغ ولا في حنيفة رضي الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التي ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنينة لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الا ينحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجج في حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فلم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعد مدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتماد للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب في أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق في البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما في الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالافاقة فاذا أفاق رشيدا أو سفيا فحكمه في ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجيز ولعنه بالاعتاق مرة وبالاذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزول الحجر عنه على الاطلاق والاذن بالتجارة لا يزول الا في التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفية فلا يحجر عليه عن التصرف أصلا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبي يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضي فكما لا ينحجر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلاقه وعند محمد والشافعي رحمهما الله زوال الحجر على السفية بظهور رشده لان الحجارة كان بسفية فانطلاقه يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثاني وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الأول فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب الحبس وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه الحبس وما لا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أو أكثر وأما شرائط الوجوب فأشياء بعضها يرجع الى الدين وبعضها يرجع الى المديون وبعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذي يرجع الى الدين فهو أن يكون حالاً فلا يحبس في الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذي أخرق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منه من المضى في سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذي يرجع الى المديون فهذا القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسراً لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم لا يصال حقه اليه ولو ظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً لان الحبس شرع للتوصل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المظل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل التني ظلم فيحبس دفعا للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة وما لم يظهر منه المظل لا يحبس لانعدام المظل والى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما في الدنيا معر وفا وقوله تعالى وبالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالدان الاتفاق على ولده الذي عليه نفقته فان القاضي يحبسهما لكن تعزيراً لا حبساً بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالدان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الاقارب يحبس المديون بدين قريبه كائناً من كان ويستوى في الحبس الرجل والمرأة لان ما لوجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانثوية ويحبس ولي الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظماً لا فيحبس ليقضى الدين فيندفع الظلم (وأما) الذي يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي فاما يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه ووسيلة حق الانسان حقه وحق المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضي السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقيق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضي نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضي حاله في يساره واعساره ولم يقدح عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبس ليتعرف عن حاله انه فقير أم غني فان علم انه غني حبسه الى أن يقضى الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم الا اذا قضى القاضي بالنظر لا احتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذا مال غادر وأنح وعند زفر رحمه الله لا يلزمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء فثبت من غير قضاء القاضي (ولنا) ان النظرة هي التأخير فلا بد وان يؤخر وهو ان يؤخره القاضي أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولان من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله في اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وابلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لا شتمار الحال وابلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيسلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ما ذكرنا ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انه معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقام جميعا البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهي اليسار وان لم يقيم لهما نية فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقدة
كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعا فها هو معاقدة كالنفقة في
باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل
الذي لا يوجب القصاص ويوجب المال في مال الجاني وفي الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاص رحمه
الله في آداب القاضي انه ان وجب الدين عوضا عن مال سلم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع والقرض
والغصب والسلم الذي أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلا كاحراق
الثوب أو له عوض ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب
واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يجبس لان القرض أصل في بني آدم والغنا
عارض فكان الظاهر شاهدا للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله
عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زى الا غنيا فالقول قول
الطالب وان كان زيه زى الفقراء فالقول قول المطلوب وعن الفقيه أبي جعفر الهندي رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ
بحكمه في الفقر والغنا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الأشراف لان من عاداتهم التكلف في اللباس
والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المسدين انه معسر (وجه) ما ذكره الخصاص رحمه الله ان القول في الشرع
قول من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلا عن مال سلم له كان الظاهر شاهدا للطالب لانه ثبتت قدرة
المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة انها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهدا للطالب (وجه) قول محمد
رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيأخذ كزنا يضاف من طريق الدلالة وهو اقدم على المعاقدة فان
الاقدم على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يتزوج حتى يكون له شيء ولا يتزوج أيضا حتى يكون له
قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخلع عادة حتى يكون عندها شيء وكذا الصلح لا يقدم الانسان
عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهدا للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع فالحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهماته والى الجمع
والجماعات والاعياد وتشجيع الجنائز وعبادة المرضى والزياره والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع
عن اشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك
لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة
والاقرار لغيرهم من الغرماء حتى لو فعل شيئا من ذلك فقد ولم يكن للغرماء ولاية الابطال لان الحبس لا يوجب بطلان
أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لاجلهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة
وغيرها لم يحجبهم الى ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما انه ان يحجبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه
مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يحجبهم اليه عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يحجبهم الى ذلك
وهي مسألة الحجر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضى بهادينه لانها من جنس حقه وان كان دينه
دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بهادينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضي بالدنانير
وقضى بهادينه فرق بين الدنانير والدراهم وبين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر
الاموال (ووجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل انه بكل نصاب أحدهما بالآخر
في باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما عاوجة من وجه فصار كل
واحد منهما كعين الآخر حكما وليس بين العروض وبين الدراهم والدنانير عاوجة بوجه فلا يملك التصرف على
المحبوس ببيعها بها ولا ان العرض اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشتري مثل ما تشتري في سائر الاوقات بل دون

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر في الدراهم والدنانير لأنها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت إن القاضي يبيع جميع ماله لقضاء دينه لأن بيع القاضي ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولأنه رضى بذلك في آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لأن قضاء الديون من حوائجها الأصلية فكان راضياً بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عند ما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم وينفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين في الأصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالبيع في يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لأنه لو بقي لطالبه البائع به فيطالبه المشتري بتسليم المبيع لأن البيع تملك بآراء تملك وتسليم بآراء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة في البقاء ولأن المبيع في يد البائع لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى إلا أن ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هناك أصلاً وأما الوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلمة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فإن كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أصحابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضموناً ولو كان بعد الطلب يهلك مضموناً لكن ضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان الغصب وقد ذكرنا المسألة في كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع بعبء فاسد إذا لم يكن من ذوات الأمثال إذا فسخ البائع البيع والمبيع في يد المشتري فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك في يده يهلك بقيمته ويتقاصبان ويتزادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعي رحمه الله ليس بمضمون أصلاً وهي مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذي هو أمانة فنحو نساء الرهن فإنه محبوس بالدين لكنه أمانة في يد المرتهن حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة إذا كان عجل الاجرة فحبسه لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلك في يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الاكراه﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الاكراه لغة وشرعاً وفي بيان أنواع الاكراه وفي بيان شرائط الاكراه وفي بيان حكم ما يقع عليه الاكراه إذا أتى به المكروه وفي بيان ما عدل المكروه الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فلا كراهة في اللغة عبارة عن إثبات الكره والكره معنى قام بالمكروه ينافي المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة إن الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصي أى لا يحبها ولا يرضى بها وإن كانت الطاعات والمعاصي بارادة الله عز وجل وفي الشرع عبارة عن الدماء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التي نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الاجزاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو أو الضرب أو كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وأنه غير سديد لأن الممول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاماً ونوع لا يوجب الاجزاء والاضطرار وهو الحبس والقيود والضرب الذي لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحقته منه الاغتمام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيود والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراهاً ناقصاً

فصل وأما شرائط الإكراه فتوعدان نوع يرجع إلى المكروه ونوع يرجع إلى المكروه (أما) الذي يرجع إلى المكروه فهو أن يكون قادراً على تحقيق ما أوعده لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قوله ما أن الإكراه ليس إلا إبعاد بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعده لأن المكروه يستغيث بالسلطان فيغيثه فإذا كان المكروه هو السلطان فلا يجد غوثاً وقيل أنه لا خلاف بينهم في المعنى إنما هو خلاف زمان ففي زمن أبي حنيفة رضي الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه ثم تغير الحال في زمانها فقير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقيق الإكراه حتى يتحقق من الصبي الماقل إذا كان مطاعاً مسلطاً وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الإكراه من البالغ المختلط العقل بعد أن كان مطاعاً مسلطاً (وأما) النوع الذي يرجع إلى المكروه فهو أن يقع في غالب رأيه وأكثر طنه أنه لو لم يجب إلى ما دعى إليه لتحقيق ما أوعده به لأن غالب الرأي حجة خصوصاً عند تعذر الوصول إلى التمين حتى أنه لو كان في أكثر رأي المكروه أن المكروه لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الإكراه شرعاً وإن وجد صورة الإبعاد لأن الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في أكثر رأي المكروه أنه لو لم يفعل لتحقيق ما أوعده يثبت حكم الإكراه لتحقيق الضرورة ولهذا أنه لو كان في أكثر رأيه أنه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر إلى أن يلحقه الجوع المهلك لازيل عنه الإكراه لا يباح له أن يعجل بتناولها وإن كان في أكثر رأيه أنه وإن صبر إلى تلك الحالة لما أزيل عنه الإكراه يباح أن يتناولها للحال دل أن العبرة بالغالب الرأي وأكثر الظن دون صورة الإبعاد والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فتقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الإكراه في الأصل نوعان حسي وشرعي وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه أما الحسي المعين في كونه مكرهاً عليه فلا كل والشرب والشم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعي فالطلاق والعناق والتدبير والنكاح والرجعة والعين والنذر والظهار والإيلاء والوفاء في الإيلاء والبيع والشراء والهبة والإجارة والإبراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان حكم ما يقع عليه الإكراه فتقول وبالله التوفيق أما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكامان أحدهما يرجع إلى الآخرة والثاني يرجع إلى الدنيا أما الذي يرجع إلى الآخرة فتقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التي يقع عليها الإكراه في حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مريض ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مريض (أما) النوع الذي هو مباح فكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر إذا كان الإكراه تاماً بان كان بوعيد تلف لأن هذه الأشياء مما تباح عند الاضطرار قال الله تبارك وتعالى إلا ما اضطررتم إليه أي دعتمكم شدة المجاعة إلى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة وقد تحقق الاضطرار بالإكراه فيباح له تناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤخذ به كفاً في حالة المخمصة لأنه لا امتناع عنه صار ملقياً نفسه في التهلكة والله سبحانه وتعالى نهي عن ذلك بقوله تعالى ولا تلتقوا بأيديكم إلى التهلكة وإن كان الإكراه ناقصاً لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص أيضاً لأنه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الإكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا ولا لا جيعنك لا يحل له أن يفعل حتى يحييه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لأن الضرورة لا تتحقق إلا في تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذي هو مريض فهو إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب باليمان إذا كان الإكراه تاماً وهو محرم في نفسه مع ثبوت الرخصة فإثر الرخصة في تفسير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا في تغير وصفه وهو الحرمة لأن كلمة الكفر مما لا يحتمل الإباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سقطت المؤاخذه لعذر الا كراه قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدر فاعليم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان على التقديم والتأخير في الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً لانه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبراً في نفسه فهو في ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبي عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالإيمان والاصل فيه ما روى أن عمار بن ياسر رضى الله عنهما لما أكرهه الكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما ورائك يا عمار فقال شريارسول الله ما تركوني حتى نلت منك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام في اتيان الكلمة بشر يطة اطمئنان القلب بالإيمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ما وجد منه لكن الامتناع عنه أفضل لما روى من هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض في كل حال قال النبي عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الا كراه وأثر الرخصة في سقوط المؤاخذه دون الحرمة والامتناع عنه حفظاً لحرمة المسلم وإيثاراً له على نفسه أفضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم جريمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الا كراه حال المخمصة على ما ذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأتهم بل يثاب لان الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجوراً لا مأزوراً وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالا كراه لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأتهم بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالا كراه ألا ترى انه أيسر له الدفع قال النبي عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته المخمصة فسأل صاحبه الطعام فنهه فامتنع من تناول حتى مات انه لا يأتهم لما ذكرنا انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الا كراه تاماً فان كان ناقصاً من الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلاً ويحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمئناً بالإيمان فلا يصدق في الحكم على ما ذكر ويأتهم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الا كراه تاماً ولكن في أكبر رأى المكروه المكروه لا يحقق ما وعدده لا يرخص له الفعل أصلاً ولو فعل يأتهم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الا كراه شرعاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالا كراه أصلاً فهو قتل المسلم بغير حق سواء كان الا كراه ناقصاً أو تاماً لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعالى ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وأثماً مبيتاً وكذلك ضرب الوالدين قل أوكثر قال الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهي عن التأفيف نهى عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأتهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤاخذه وكذا الحبس والقيد لان ضرره دون ضرر المكروه بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لاجل أخيه ولو أذن له المكروه عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكروه فعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسه آثم بغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالا كراه وان كان تاماً ولو فعل يأتهم لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقر بوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلاً فدل انه كان فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق ولو أذنت المرأة لا يباح أيضاً حرة كانت أو أمة أذن له مولاه لان الفرج لا يباح بالاباحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذي يتصور منها ليس الا التمكن وهي مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندى فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الا ان زنا الرجل بالا يلاج وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمه فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص للمرأة كالأمر يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذي يرجع الى الدنيا في الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجنائية في المستقبل والشرب خرج من ان يكون جنائية بالا كراه وصار مباحا بل واجبا عليه على ما مر واذا كان ناقصا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثاني فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والا كراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا ان عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهر احواله الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالا كراه فبقى الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغى أن لا يحكم بالاسلام حاله الا كراه مع الاحتمال كيلا يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهرا ايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤثر أمره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعاً ولا غالباً وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمرنا في النساء المهاجرات بامتحنهن بمد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب اقلوه عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا ههنا وهذا المعنى لا يتحقق في الاكراه على الكفر والثاني أن اعتبار الدليل المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبي عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كراهه على الاسلام فأسلم ثم رجع يحير على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهي الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهراً طمعاً للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيجتمع التصديق في قلبه على ما مر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعاً عن الاسلام بل اظهار لما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله أولاد صغار حتى حكم باسلامهم تباعا لا بهم فبلغوا كفاراً يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولوا كراهه على أن يقرأ أنه أسلم أمس فاقول لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امر أنه والقياس أن تثبت البيئونة لوجود سبب القرقة وهو الكلمة أو هي من أسباب القرقة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكراه فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب القرقة ازدة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلاً حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت البيئونة ولو قال المكره خطر ببالي في قولي كفرت بالله ان أخبر عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طامعاً كفرت بالله ثم قال غيبته به الاخبار عن الماضي كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو أكرهه على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضي فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يجبه الى مداعاه اليه بل أخبرانه انشاء الكفر طوعاً ولو قال لم

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لانه اذا لم يرد شيئا يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو اكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فيبني أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم بكفره لانه أتى بغير ما دعى اليه فكان طائعا والطائع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله عز شأنه لانه نوى ما يحتمله فعلة ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى للصليب طائعا مع امكان الصلاة لله تعالى وان كان مستقبل للصليب فان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالايمان لا يحكم بكفره ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعى اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك لو اكره على سب النبي عليه الصلاة والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه اذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في القضاء وفيما بينه وبين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الا كراه على مامر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الا كراه على الكفر تاما فاذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بكفره في الحقيقة لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطائع اذا جرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالايمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى (وأما) المكروه على اتلاف مال الغير اذا أتلفه يجب الضمان على المكروه دون المكروه اذا كان الا كراه تاما لان المتلف هو المكروه من حيث المعنى وانما المكروه بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار اثارا وارضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكروه فيضر به على المال فامكن جعله آلة المكروه فكان التلف حاصلًا باكرهه فكان الضمان عليه وان كان الا كراه ناقصا فالضمان على المكروه لان الا كراه الناقص لا يجعل المكروه آلة المكروه لانه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكروه فكان الضمان عليه وكذلك لو اكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه لان هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الا كراه لانه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه ولو اكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تحرق لا يجب الضمان على المكروه لان الا كراه على أن يأكل مال غيره لا يوجب الضمان على المكروه فعلى مال نفسه أولى مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقائه ومن صرف مال نفسه الى مصلحة لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكروه باتلاف ماله من غير اكرهه فالتلف لا ضمان على أحد لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان الاموال مما تنبأح بالا باحة واتلاف ماله ما دون فيه لا يوجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فاما المكروه على القتل فان كان الا كراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر ويجب على المكروه وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن يجب الدية على المكروه وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكروه دون المكروه وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضى الى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل واحد منهما الا انه حصل من المكروه مباشرة ومن المكروه تسببا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر رحمه الله ان القتل وجد من المكروه حقيقة حسا ومشاهدة وانكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكروه اذا اصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها بالبدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان المكروه ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما القاتل هو المكروه حقيقة ثم لم يوجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكروه أولى

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وغفوا لشيء عفوت عن موجب المستكره عليه معفووا بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذا القتل مما يمكن اكتسابه بالآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألا ترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بد منه في باب القصاص قال الله تعالى ولكم من القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكره واستيفائه منه على ما مر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبياً أو معتوها يعقل ما أمره به فالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما ذكرنا ولو كان الصبي المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلة الديه لان عمد الصبي خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره أقتلني من غيرا كراهة قتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذلك الاقصاص على المكره عندنا وفي وجوب الديه وإيمان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لما ذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقة بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضافاً إلى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره فيحرم الميراث عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي رضي الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغاً فان كان صبياً وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازماً أن يكون حراماً وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غيرا كراهة فقطع لا ضمان على أحد وفي باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية في وجوب الديه على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطن يدك والا لاقتلنك كان في سعة من ذلك ولا يسعه ذلك في النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والا كراه لا يؤثر فيه فكان طائفاً في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يحى عن السلطان لا يجب والفرق لا في حنيفة ما ذكرنا من قبل ان المكره يلحقه القوثة اذا كان الاكراه من غير السلطان ولا يجذ غوثاً اذا كان الاكراه منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنشر آلته يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورته مدفوعاً اليه خوفاً من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احدى الفرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بالآلة غيره والا اصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بالآلة الغير فضا نه على المكره وما يتصور تحصيله

بالغير فضمانه على المكروه كذلك المرأة إذا أكرهت على الزنا لحد عليها لأنها بالاكراه صارت محمولة على التمكن خوفاً من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل بل أولى لأن الموجود منها ليس إلا التمكن ثم الاكراه لا أثر في جانب الرجل فلان يؤثر في جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاماً فاما اذا كان ناقصاً بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد كما امر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكروه مدفوعاً الى فعل ما أكرهه فبقى مختاراً مطلقاً فيؤخذ بحكم فعله (وأما) في حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدراً الحد عنها في نوعي الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكن وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذي ذكرنا اذا كان المكروه عليه معيناً فاما اذا كان محيراً فيه بان أكرهه على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول وبالله التوفيق أما الحكم الذي يرجع الى الآخرة وهو ما ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمه المطلقة فلا يختلف التخير بين المباح والرخص ان يبطل حكم الرخصة أعني به ان كل ما يباح حالة التعمين يباح حالة التخير وكما لا يباح ولا يرخص حالة التعمين لا يباح ولا يرخص حالة التخير وكل ما يرخص حالة التعمين يرخص حالة التخير لا اذا كان التخير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا أكرهه على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكرهه على أكل ميتة أو أكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعمين من قطع اليد وشم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شيء من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعمين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأتى كما في حالة التعمين ولو أكرهه على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأتى اذا قتل بل يثاب كما في حالة التعمين ولو أكرهه على القتل أو الاتلاف لمال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأتى بل يثاب كما في حالة التعمين وكذا اذا أكرهه على قتل انسان وإتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعمين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأتى وكذا لو أكرهه على القتل أو الكفر يرخص له ان يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما في حالة التعمين فاما اذا أكرهه على أكل ميتة أو الكفر لم يذكروا هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلاً كما لا يرخص له القتل لان الرخصة في اجراء الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلًا باختياره مطلقاً فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذي يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخير حتى انه لو أكرهه على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يوجب القصاص على المكروه لانه أكرهه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلًا باختياره من غير ضرورة فيؤخذ بالقصاص ولو أكرهه على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يوجب القصاص على المكروه لانه مختار في القتل حيث أثار الحرام المطلق على المرخص فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية في ماله ان لم يكن عالماً ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدلل بهذه اللفظة على انه لو كان عالماً ومع ذلك تركه وقتل يوجب القصاص على المكروه لانه أخرجهما مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أولم يعلم وجه الاستحسان ما ذكر في الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة في القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالماً يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دائمة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا يرجع على المكروه لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكرهه على القتل أو الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفي الاستحسان يدرأ عنه لما امر ولو قتل لا يجب القصاص على المكروه ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير ويقتص من المكروه كما في حالة التعمين على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فنقول وبالله التوفيق التصرفات الشرعية في الاصل نوعان انشاء واقرار
والا نشاء نوعان نوع لا يحتمل القسح ونوع يحتمله أما الذي لا يحتمل القسح فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح
واليمين والنذر والظهار والايلاء والنفي في الايلاء والتدبير والمفوع عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه
عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط
جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكروه لا يقصد بالتصرف ما وضع له
وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات
من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلنقله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل
طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان الفأنت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان
طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعاً وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفأنة حسناً وجمالاً الرائقة تمنجاً ودلالاً
خلل في دينها وان كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان
القوم كانوا حديثي العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر
خطأً وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول
بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكنا لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره
عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحد ألا يقدر على استعمال لسان غيره
بالكلام على تغيير ما يعتقد بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكره عليه حقيقة فلا يتناوله
الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف بشرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً
فهو موجود ههنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يتدفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصداً اليه ضرورة ثم
لا يخلو اما ان أكرهه على تنجيز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع الطلاق وحكم
الجواز لا يختلف في نوعي التنجيز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة ويختلف أخرى وسند كره تفصيل هذه الجملة في
فصل الاكراه على الاعتاق وانما نذكر هنا حكم جواز التطبيق المتجز فنقول اذا جاز طلاق المكروه فان كان قبل
الدخول بهما يجب عليه نصف المهر ورض ان كان المهر مفروضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل
الدخول ويرجع به على المكروه لانه هو الذي دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان
بعد الدخول بهما يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكروه لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل
السقوط وهو الذي استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه
ناقصاً لا سبيل على المكروه لانه لا يخل باختيار المكروه أصلاً على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان
الاكراه على التوكيل بالطلاق فقله الوكيل فحكمه يذ كر في فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما
روى ان رجلاً جاء الى النبي عليه الصلاة والسلام وقال علمني عملاً يدخلني الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال
أوليسوا واحداً فقال عليه الصلاة والسلام لا اعتق النسمة ان تفرد بعقتها وفك الرقبة ان تعين في عتقها وغيره من
الاحاديث التي فيها النذب الى الاعتاق من غير فصل بين المكروه والطائع ولان الاعتاق تصرف قولي فلا يؤثر فيه
الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجيز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان
الاكراه على تنجيز العتق فاعتق بضمين المكروه قيمة العبد موسراً كان أو معسراً ولا يرجع المكروه على العبد بالضمان ولا
سعاية على العبد والولا علوه أما وجوب الضمان على المكروه فلا ان العبد آدمي هو مال والاعتاق اتلاف المالية
والاموال مضمونة على المكروه بالاتلاف فكان الضمان على المكروه كما في سائر الاموال ويستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليساو والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره فلا معنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود الاكره على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما للتخريج الى العتق تكيلا له واما لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكيل وكذا الحق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو أكره على شراء ذى رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والاكره لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكره أحدهما على اعتاقه فاعتقه جازعتقه لما ذكرنا ان الاكره لا يمنع حواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ أولا يضمن الشريك المكره للشريك الآخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المالك مضاف الى المكره فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه أحد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وههنا يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان الواجب على المكره ضمان اتلاف على مامر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه في نصيب شريكه أما على أصل أبي حنيفة رضى الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف في ملك نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كمن حفر بئرا في دار نفسه فوقع فيها غيره أو سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استساعاه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان كان المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما في حالة الاختيار وموضع المسئلة في كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكره والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان التدبير تحرير قال النبي عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحسر يرمي وجهه والاكره لا يمنع نقاذ التحريم من كل وجه فلا يمنع نقاذ التحريم من وجهه بالطريق الاولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعده موته يرجع ورثته على المكره بقيمة قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من وجه وانما تثبت الحرية من كل وجه في آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكره على التدبير اتلافا للمال المكره للحال من وجهه فيضمن بقدره من النقصان ثم يتكامل الاتلاف في آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان عند ذلك وذلك بقيمة قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى الموفق هذا اذا أكره على تنجيز العتق فاما اذا أكره على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف في النوعين لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره لان الاكره على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكره على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان فعلا له منه بد كمتقاضى دين الغريم أو تناول شيء له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبهه الاكره الناقص فلا يكون الاكره على تعليق

العتق به اكرها عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكروه فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك املكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء او هبة أو صدقة أو وصية لا ضمان على المكروه لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافة اكرهه الى التلافى الى المكروه وان ملك بارت فكذلك في القياس وفي الاستحسان يضمن لانه لا يصنع للمكروه في الارث فبقى التلافى مضافا الى المكروه ولو اكره على ان يقول لعبد ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكروه لان مشيئة المكروه العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكره على الاعتراف اكرها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبد ان ملكتك فانت حر فاكراه على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكروه بشئ لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طاع فيه وكذا اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فاكراه على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكروه لما ذكرنا ثم انما يضمن المكروه في جميع ما وصفنا اذا كان الاكره تاما فاما اذا كان ناقصا فلا ضمان لما مر ان الاكره الناقص لا يقطع الاضافة عن المكروه بوجه فلا يوجب الضمان على المكروه والله تعالى أعلم هذا الذي ذكرنا اذا اكره على الاعتراف المطلق عينا فاما اذا اكره على أحدهما غير عين بأن اكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكروه أحدهما غرم المكروه الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أقلهما ضمنا فظاهر لانه ما ألتف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمنا لانه أمكنه دفع الضرورة بأقل القليلين ضمنا فاذا فعل أكثرهما ضمنا كان مختارا في الزيادة لا نعدام الاضطرار في هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكروه وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكروه أحدهما لا شئ على المكروه أما اذا أطلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكروه لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا أعتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختارا في الاعتراف فلا يكون التلافى مضافا الى المكروه فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكره ناقص ففعل المكروه أحدهما لا ضمان على المكروه لما مر ان الاكره الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكروه لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختارا مطلقا فيه فلا يؤخذ به المكروه هذا اذا اكره على الاعتراف فاما اذا اكره على التوكيل بالا عتق فوكل غيره به ففعل الوكيل بالقياس ان لا يصبح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل التسخير فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكره كما لا يصح البيع وفي الاستحسان يجوز لان الاكره لا يمنع صحة الاعتراف فلا يمنع صحة التوكيل بالا عتق بخلاف البيع فان الاكره يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل التسخير والهزل فنعم لكنه تصرف قولي فلا يعمل عليه الا كراه كما لا يعمل على الاعتراف والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وانما الايجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الا كراه على ما ذكره في موضعه ان شاء الله تعالى واذا عتق الوكيل يرجع المكروه على المكروه بقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكروه الا كراه على التوكيل بالا عتق لا على الاعتراف وانما الاعتراف حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكروه كشهود التوكيل بالا عتق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالا عتق كذا هنا وجه الاستحسان ان الاكره على التوكيل بالا عتق اكره على الاعتراف لانه اذا وكل بالا عتق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان التلافى مضافا الى المكروه فيؤخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامر أمر صحيح وان كان الاكره ناقصا فلا ضمان على المكروه لما مر غير مرة وأما النكاح فلمعوم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايمن منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولي فلا يؤثر فيه الا كراه كالطلاق والعتاق ثم اذا جاز النكاح مع الاكره فلا يخلو اما ان اكره الزوج أو المرأة فان اكره الزوج فلا

فلا يخلو ما ان يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما ألتف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالا متقومة شرعا عند دخولها في ملك الزوج لكونها سببا لحصول الأدمى تعظيما للأدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الا تلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر في النكاح ويؤثر في ايجاب المال كما يؤثر في الاقرار بالمال فكان ينبغي ان لا تصح تسمية المهر أصلا الا انها صحت في قدر مهر المثل شرعا لان الشرع لو أبطل هذا القدر لآبته ثانيا فلم يكن الا بطل مفيدا فلم يبطل للتأخير ج الا بطل مخرج العيب ولا ضرورة في الزيادة فلا تصح تسميتها هذا اذا كره الزوج على النكاح فاما اذا أكرهت المرأة فان كان المسمى في النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان أكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شيء لان المكره ما ألتف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قوما بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره تلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضا لانه لما لم يجب على المكره فلا أن لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفا فقال للزوج ان شئت فكل لها مهر مثلها والا فنفرق بينكما فان فعل لزم النكاح وان أبي تكمل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها في كمال مهر مثلها حاجة لانها تعبر بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول به الا شيء على الزوج لان القرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولورضيت بالنقصان صريحا أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفريق لكن بقي حق الاولياء فيه عند أبي حنيفة فلمهم ان يفوقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر على ما عرف في كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفا فللمرأة خيار التفريق لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضا وكذا الاولياء عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أمالا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها بقي لها حق التفريق لبقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعا فلاولياء خيار عدم الكفاءة بالاجماع وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان وبقي لها عدم خيار الكفاءة ولورضيت بعدم الكفاءة أيضا صريحا ودلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها في التفريق أصلا لكن للاولياء الخياران جميعا وعندهما أحدهما دون الآخر ولو فرقا بينهما قبل الدخول به الا شيء على الزوج لان القرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شيء وأما الرجعة فلمعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عما من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والا كراه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن أكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجا أو شيئا من وجوه القرب والظهار والا يلاء والقي في الا يلاء فلمعمومات النصوص الواردة في هذه الابواب من غير تخصيص الطابع قال الله تبارك وتعالى لا يؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أي بالعهود ولان النذر يمين وكفارة كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جل عظمته وكبر ياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه

لا يعمل على الاقوال والى في الايلاء في حق القادر بالجماع وفي حق العاجز بالقول والا كراهه لا يؤثر في النوعين جميعا فكان طائعا في النفي فتلزمه الكفارة ولا تلزمه في هذه التصرفات من الكفارة والقربة المنذور بها على المكروه لان الكفارة وجبت على المكروه على سبيل التوسيع وكذا المنذور به لان الامر بهامطلق عن الوقت وهما مما لا يحير على فعلهما أيضا فلو وجب على المكروه لكان لا يخلو من ان يجب عليه على الوجه الذي وجب على المكروه أو على الوجه الذي وجب عليه ولا سبيل الى الاول لان الايجاب على هذا الوجه لا يفيد المكروه شيئا فلا معنى لرجوعه عليه ولا سبيل الى الثاني لانه يؤدي الى تغيير المشرع من وجهين أحدهما جعل الموسع مضيقا والثاني جعل المالا يحير على فعله مجبوراً على فعله وكل ذلك تغيير ولا يجوز تغيير المشرع من وجهه فكيف يجوز من وجهين وكذا في الايلاء اذ لم يقر بها حتى بانت بتطبيقه لا يرجع بمالزمه على المكروه لانه انما لزمه ترك القربة وهو مختار في تركه لانه يمكنه ان يقر بها في المدة حتى لا تبين فلا يلزمه فاذا لم يقرب كان ترك القربة بان حاصلها باختياره فلا يكون مضيقا الى المكروه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أكرهه على كفارة اليمين لم يرجع على المكروه لانها لزمته بفعله ولو أكرهه على ان يعتق عبده عن ظهاره ينظر ان كانت قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكروه بشيء لان ذلك وجب عليه بفعله فلا يرجع به عليه وان كانت قيمته أكثر من ذلك يرجع عليه بالزيادة لانه ألتف ذلك القدر عليه لان الزيادة على عبد وسط لا تحجب عليه بالظهار ولا تجزيه عن الظهار لانه اعتاق دخله عوض والاعتاق بعوض وان قل لا يجزي عن التكفير وأما العفو عن دم العمد فلعمو مات قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به فهو كفارة له وقوله به أى بالقصاص لانه أقرب المذكور والتصديق بالقصاص هو العفو وقوله عز شأنه وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فقد ندب سبحانه وتعالى الى العفو عاما ولانه تصرف قولي فلا يؤثر فيه الا كراهه ولا ضمان على المكروه لانه لم يوجد منه اتلاف المال لان القصاص ليس بمال ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو اذ ارجعوا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والاجارة ونحوها فلا كراهه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولي وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلا (وجهه) قوله امان الرضا شرط البيع شرعا قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والا كراهه يسلب الرضا يدل عليه انه لو أجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالاجازة كسائر البياعات الفاسدة فاشبهه ببيع الفضولي وهذه شبهة زفر رحمه الله (ولنا) ظواهر نصوص البيع عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولان ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقا من أهل البيع في محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كافي سائر البياعات الفاسدة ولا فرق سوى ان المفسد هناك لمكان الجهالة أو الرأى بأو غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كافي سائر البياعات الفاسدة الا ان سائر البياعات لا تلحقها الاجازة لان فسادها لحق الشرع من حرمة الرأى ونحو ذلك فلا يزول رضا العبد وهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فبطل باجازه ورضاه واذا فسد البيع والشراء بالا كراهه فلا بد من بيان ما يتعلق به من الاحكام في الجملة والجملة فيه ان الامر لا يخلو من ثلاثة أوجه امان ان كان المكروه هو البائع واما ان كان هو المشتري واما ان كانا جميعاً مكرهين فان كان المكروه هو البائع فلا يخلو الامر فيه من وجهين امان ان كان مكرهاً على البيع طائعا في التسليم واما ان كان مكرهاً على البيع والتسليم جميعاً فان كان مكرهاً على البيع طائعا في التسليم فباع مكرهاً وسلم طائعا جاز لان البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فاذا سلم طائعا فقد أتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطي فكان ما أتى به من لفظ البيع بالا كراهه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا انه لا يكون التسليم منه طائعا اجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعاً مبتدأ بطريق التعاطي والثاني ان التسليم منه اجازة لذلك البيع لانه ليس من شرط صحة البيع صحة التسليم حتى يكون الا كراهه على البيع اكرهاها على ماله صحة له بدونه اذ البيع يصح بدون التسليم فكان طائعا في التسليم فصالح ان يكون دليلاً للاجازة بخلاف المكروه

على الهبة والصدقة اذا سلم طائعا انه لا يجوز ولا يكون التسليم اجازة لان القبض شرط لصحتها الا ترى انها لا يصحان بدون القبض فكان الاكراه عليهما اكرها على القبض فلم يصح التسليم دليلا على الاجازة فهو الفرق هذا اذا كان مكرها على البيع طائعا في التسليم فاما اذا كان مكرها عليهما جميعا فباع مكرها وسلم مكرها كان البيع فاسدا لان حقيقة البيع هو المبادلة والاكراه يؤثر فيها بالفساد ويثبت الملك للمشتري لما قلنا حتى لو كان المشتري عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه وعليه قيمة العبد لان بالا اعتاق تعذر عليه الفسخ اذا الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ فتقرر الهلاك فتقرر رت عليه القيمة فكان له ان يرجع قيمة العبد عليه كالبائع والمكره بالخيار ان شاء يرجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على المشتري وان شاء يرجع على المشتري اما حق الرجوع على المكره فلانه اُتلف عليه ماله بالاذنه عنه فاشبه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما اُتلفه كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري لانه ملكه باداء الضمان فقل منزلة البائع وأما حق الرجوع على المشتري فلانه في حق البائع منزلة غاصب الغاصب وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا ولو اعتقه المشتري قبل القبض لا ينفذ اعتاقه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والاعتاق لا ينفذ في غير الملك فان أجاز البائع البيع بعد الاعتاق نفذ البيع ولم ينفذ الاعتاق وهذه المسئلة من حيث الظاهر تدل على ان الملك يثبت بالاجازة فكانت الاجازة في حكم الانشاء ولكننا نقول ان الملك يثبت بالبيع السابق عند الاجازة بطريق الاستناد والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه فجاز ان لا يظهر في حق المعلق بل يقتصر للبائع خيار الفسخ والاجازة في هذا البيع قبل القبض وبعده لان الملك وان ثبت بعد القبض لكنه غير لازم لاجل الفساد فيثبت له خيار الفسخ والاجازة قبل القبض وبعده دفعا للفساد أما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لانه لا حكم لهذا البيع قبل القبض وليس له حق الفسخ بعد القبض لانه طائع في الشراء فكان لازما في جانبه لكن انما يملك البائع فسخ هذا العقد اذا كان بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاء لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والاجازة والكفالة ونحوها يملك الفسخ بخلاف سائر البياعات الفاسدة فان تصرف المشتري بازالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ أي تصرف كان (ووجه) الفرق ان حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع الى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك وقد زال ذلك المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري بطل حق الفسخ فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع الى المالك وهو كراهته وفوات رضاه وانه قائم فكان حق الفسخ ثابتا وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الايدي له أن يفسخ العقود كلها ما ذكرنا وكذا انما يملك الاجازة اذا كان بمحل الاجازة فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ لا تجوز اجازته حتى لا يجب الثمن على المشتري بل تجب عليه قيمة العبد لان قيام المحل وقت الاجازة شرط لجواز الاجازة لان الحكم يثبت في المحل ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك فلا يحتمل الاجازة والمحل بالا اعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلاكه لانه لا يحتمل الفسخ فيتقرر على المشتري قيمته وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الاجازة وان تداولته الايدي واذا أجاز واحد آمن العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد وما قبله أيضا بخلاف الغاصب اذا باع المعصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الايدي وتوقفت العقود كلها فجاز المالك واحد منها انما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره ولو لم يميز المالك شيئا من العقود ولكنه ضمن واحد منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله والفرق ان في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الاجازة فكانت الاجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره أما هنا فالعقود ما توقف نفاذها على الاجازة لوقوعها نافذة قبل الاجازة اذا الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الاجازة ازالة الاكره من الاصل ومتى جاز الاكره من الاصل جاز العقد الاول فتجوز العقود كلها فهو الفرق وبخلاف ما اذا ضمن المعصوب منه أحدهم لانه ملك المعصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض اما

بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وههنا بخلافه على ما مر واذا قل البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كلقبض على اذاباع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشتري الاول ولكن أعتقه المشتري قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أولا لان شراءه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشتري الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو أعتقه المشتري الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم يحز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شاء رجع به على المكره والمكره يرجع على المشتري الاول وان شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع على المكره فلما ذكرنا في اعتاق المشتري الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره أن يرجع بذلك على المشتري الاول لانه ملك المضمون بإداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان فكذلك ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشتري الاول برى المكره وصحت البياعات كلها لانه ملك المشتري الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصيح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشتري الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره هو البائع فأما اذا كان المكره هو المشتري دون البائع فلذلك واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق الفسخ للمشتري دون البائع لما ذكرنا في اكراه البائع والمشتري أن يحيز هذا العقد كالبائع اذا كان مكره ولو أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشتري عبدا فاعتقه المشتري فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتل الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للمالك كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل شيئا من ذلك وكذلك لو كان المشتري أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو قبض البيع لتبين ان الوطء صادم ملك الغير وذلك حرام والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشتري حتى أعتقه البائع نفذ اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشتري نفذ اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه أعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجه) الاستحسان أن المشتري يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا ان تصرف العاقل تجب صيانتها عن الالغاء ما أمكن ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضي الاعتاق اجازة هذا العقد سابقا عليه أو مقارنا له تصحيحا له كما في قوله لغيره اعتق عبدك عني على ألف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشتري بشرط الخيار كذا هذا اذا أعتقه المشتري وحده ولو أعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشتري يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البائع أولى والثاني أن ملك البائع ثابت في الحال وملك المشتري يثبت في الثاني فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان المكره هو البائع أو المشتري فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلذلك واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان بمحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز أحدهما دون الآخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه ولو أعتقه المشتري قبل وجود الاجازة من أحدهما أصلا نفذ اعتاقه وزمه القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقص فكان اقدامه عليه التزاما للبيع في جانبه ولا تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لما ذكرنا أن قيام الحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشتري ولكن أجاز أحدهما البيع ثم أعتقه معا نفذ اعتاق البائع وبطل

اعتاق المشتري لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة من المشتري أو من البائع فان كانت من المشتري فهذا اعتاق البائع لان اجازة المشتري لم تعمل في جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق فهذا اعتاقه وبطل اعتاق المشتري لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين في اكره المشتري ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشتري ثم أعتق البائع بعده فهذا اعتاق المشتري ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نقوذ اعتاق المشتري فلبقاء الخيار له وأما عدم نقوذ اعتاق البائع فلسقوط خياره بالاجازة (وأما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا في باب البيع والشراء الا كراه التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى في الا كراه على البائع تسمية المشتري وترك التسمية حتى يفسد البيع في الحالين جميعا لان غرض المكروه في الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الا كراه في شئ لان ذلك لا يغير حال المكروه عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الا كراه على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكروه وان شاء ضمن الوكيل أو المشتري فان ضمن الوكيل رجع على المشتري وان ضمن المشتري لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكروه فلان الا كراه على التوكيل بالبيع اكره على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الوساطة مضافا الى المكروه فكان له ولاية تضمين المكروه وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشتري وقبض مال الانسان بغير رضاه بسبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء فان ضمن الوكيل رجع عن المشتري بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل يوجده منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملكه باداء الضمان ومن الجائز ان لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالا كراه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكروه بالضمان على المكروه لان الا كراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشتري لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما الا كراه على الهبة فيوجب فسادها كالا كراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كإفاي البيع الا انها يفتقران من وجه وهو ان في باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الا كراه لان الشفعة في معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق بحتمه باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الا كراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الا كراه على البراء عن الحقوق لان البراء فيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح في الجھول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الا كراه فكذلك البراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذي هو تملك المال فيعمل عليه الا كراه كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الا كراه على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وحقه الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به هنا محتمل الوجود والعدم وانما يترجح جنبه الوجود على جنبه العدم

بالصدق وحال الا كراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتخرج عن الكذب حالة الا كراه فلا يثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا قوا أمين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على أنفسكم ليس الا الاقرار على أنفسكم والشهادة ترد بالثمة وهو متهم حالة الا كراه ولو كره على الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصبح هناك فلا ن لا يصبح هنا أولى ولو كره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من غير تجديد الا كراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث من أخذه وردده اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فأقر اقرارا مستقبلا جازا قراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد زال الا كراه عنه فاذا أقر به من غيرا كراه جديد فقد أقر طائعا فصيح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده اليه فأقر به من غير تجديد الا كراه لم يصبح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الا كراه الاول ولو كره على الاقرار بالقصاص فأقر به فقتله حين ما أقر به من غير يئس فان كان المقر معر وفابالذعارة بدرأ عنه القصاص استحسانا وان لم يكن معر وفابها يجب القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه التماس ان الاقرار عنه الا كراه لم يصبح شرعاً عاصراً وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصاعداً لوقته ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصبح مع الا كراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقر معر وفابالذعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة في وجوب القصاص فبدل للشبهة واذا لم يكن معر وفابالذعارة فأقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا اذا دخل رجل على رجل في منزلة تخاف صاحب المنزل انه اذا دخل عليه ليقته أو يأخذ ماله فيادره وقلته فان كان الداخل معر وفابالذعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن معر وفابالذعارة يجب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يجب الارش أيضاً اذا كان معر وفابالذعارة

فصل وأما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الا كراه أو زاد على ما وقع عليه الا كراه أو نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الا كراه الى غير ما يقع من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات أو بالفعل في المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الا كراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرنا فيما تقدم (وأما) العدول الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ما وقع عليه الا كراه بالفعل جاز ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو كره على بيع جاريته فهو بها جاز لانه عدل عما كره عليه لتغير البيع والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على ادائه لم يذ كر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع لانه في بيع الجارية طائع ولو كره على الاقرار بألف درهم فأقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما كره عليه جاز لانه طائع فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا كره على أن يبيع عبده من فلان بألف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد استحساناً جائز قياساً فقد اعتبر الدرهم والدنانير جنسين مختلفين في الاقرار قياساً واستحساناً واعتبرها جنساً واحداً في الانشاء استحساناً لانها جنسان مختلفان حقيقة الا انها جمعا جنساً في موضع الانشاء بل مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان الفائت بالا كراه هو الرضا طبعاً والا كراه على البيع بألف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بألف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته الف لا اتحاد المقصود منها وهو الغنية فكان انعدام الرضا بالبيع باحدهما دليل على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الا كراه على البيع باحدهما كراه على البيع بالآخر بخلاف ما اذا كره على البيع بألف فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدرهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن كراهة البيع باحدهما كراهة البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار لان بطلان اقرار المكره لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره بدلالة الا كراه فيختص بمورد الا كراه وهو الدرهم فكان

صادق في الاقرار بالدين لا نعدم المانع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه بان
أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بألفين جاز اقراره بألف وبطل بالف لانه في الاقرار بالالف الزائد طائع فصيح
ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير في الشركة لم يجز أصلاً بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبي
حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد أن المانع من الصحة عند التصديق هو
الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شأنه اذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما أقر له به طائع وجه
قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود الخبر به سابقاً على الاخبار والخبر به ألف مشتركة فلو صح
اقراره لغير المقر له بالا كراه لم يكن الخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه أربعة
اختلافهم في المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولا جنسي بالدين انه لا يصح اقراره أصلاً بالاجماع ان صدقه
الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله وزيد
فسدت الهبة في حصة عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبد الله لورود الاكراه على كل العبد والا كراه
على كل الشئ أكره على بعضه فلم تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
فصحت في حصته ولو كان مكان العبد ألف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبي حنيفة
رضي الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلا نه لما وهب
الألف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واحداً نصف الألف من الآخر وهذه هبة المشاع فيما
يحتمل القسمة وأنه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطوعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع
عليه الاكراه أما اذا انقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسة فاقاره باطل لان الاكراه على ألف
اكراه على خمسة لانه بعض الألف والا كراه على كل شئ أكره على بعضه فكان مكرهاً بالاقرار بخمسة فلم
يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بألفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد
استحساناً ناجز قياساً وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بألف فاذا باع بأقل منه فقد عقدت آخره البيع بألف
غير البيع بخمسة فكان طائفاً فيه فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بالملك وان قل
الثلث فكان الاكراه على البيع بألف اكراهاً على البيع بأقل منه فبطل بخلاف ما اذا باعه بألفين لان حال المكره دليل
على أنه لا يأمره بالبيع بأكثر من اثنين فكان طائفاً في البيع بألفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

✽ كتاب المأذون ✽

الكلام في هذا الكتاب يقع في بيان ركن الاذن بالتجارة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان ما يظهر به الاذن
بالتجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما
لا يملك حكم تصرفه وفي بيان حكم الغرور في العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون وفي بيان ما يبطل
به الاذن ويصير محجوراً وفي بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول والله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان
صریح ودلالة والصریح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى رقة (أما)
الخاص المنجز فهو أن يأذن له في شئ بعينه بما لا يؤذن في مثله للتجارة عادة بان يقول له اشترى لي بدرهم لحماً واشترى لي طعاماً
رزقاً لي أو لاهلي أولئك أو اشترى لي ثوباً أو لاهلي أو لاهلك أو اشترى لي باقطة قميصاً ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة
ويصير مأذوناً فماتوا له الاذن خاصة استحساناً والقياس أن يصير مأذوناً بالتجارة كلها لان الاذن بالتجارة مما
لا يجزى فكان الاذن في تجارة اذنا في الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه
الاستخدام عرفاً وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو حمل الاذن بمثله اذنا

بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذوناً في التجارة وفيه سداب استخدام المالك وبالناس حاجة اليه
فاقتصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك في التجارات أوفى التجارة ويصير مأذوناً
في الأنواع كلها بالاجماع (وأما) إذا أذن له في نوع بان قال اتجر في البر أو في الطعام أوفى الدقيق يصير مأذوناً في التجارات
كلها عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصير مأذوناً في النوع الذي تناوله ظاهر الأذن وكذلك إذا قال له
اتجر في البر ولا تتجر في الخبز لا يصح نهيته وتصرفه ويصير مأذوناً في التجارات كلها وعلى هذا إذا أذن له في ضرب
من الصنائع بان قال له أقعد قصاراً أو صباغاً يصير مأذوناً في التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفياً وصائغاً
وكذلك إذا أذن له أن يتجر شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يحجر عليه وجه قوله ما ان العبد متصرف عن إذن فلا
يتعدى تصرفه مورد الأذن كالوكيل والمضارب ولهذا ثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الأذن بالنوع غير
مفيد فيأخو استدلالاً بالمكاتب وهذا لأن الفائدة الأذن بالتجارة تمكن العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة
وهو الربح وهذا في النوعين على نمط واحد وكذلك الضرر الذي يلزمه في المقدم عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر
في أحد النوعين رضاه في النوع الآخر فليكن التقييد بالنوع مفيداً فيلغو ويبقى الأذن بالتجارة عاماً فيتناول
الأنواع كلها ما أنه وجد الأذن في النوع الآخر دلالة لأن الغرض من الأذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال
الربح على السواء فكان الأذن باحدهما إذاً بالآخر دلالة ولهذا ملك قبول الهبة والصدقة من غير إذن المولى صريحاً
لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم فلان فاشترى بدرهم لحماً ونحو ذلك
والمضاف الى وقت أن يقول اشترى بدرهم لحماً غداً أو رأس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم
فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غداً أو رأس شهر كذا وكل واحد من
النوعين يصبح معلقاً ومضافاً كما يصبح مطلقاً بخلاف الحجر أنه لا يصح تعليقه بشرط ولا إضافة الى وقت بان يقول
للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غداً أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الأذن تصرف
اسقاط لأن الحجر العبد ثبت حق المولاه وبالاذن أسقطه والاسقاطات تحتل التعليق والإضافة كالطلاق
والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا تحتل التعليق والإضافة كالرجعة ونحوها ولهذا
قال أصحابنا ان الأذن لا تحتل التوقيت حتى لو أذن لعبد بالتجارة شهراً أو سنة يصير مأذوناً أبداً ما لم يوجد المبطّل
للأذن كالحجر وغيره إلا أن يؤقت الأذن الى وقت إضافة الحجر اليه لأن معناه اذا مضى شهر أو سنة فقد حجرت
عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا تحتل الإضافة الى الوقت فلفت الإضافة وبقي الأذن بالتجارة
مطلقاً الى أن يوجد المبطّل (وأما) الأذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه ويصير مأذوناً
في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذوناً وعند زفر والشافعي رحمهما الله
لا يصير مأذوناً وجه قوله ما أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الأذن مع الاحتمال ولهذا لم
ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لأنه لو لم يكن راضياً لنهاه
النهى عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالاً مرجوحاً فكان ساقط الاعتبار شرعاً (وأما) التصرف
الذي صادفه السكوت فان كان شراءً ينفذ وان كان بيعاً قائماً ينفذ لا نعدم المقصود من الأذن بالتجارة على ما ذكره
ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعاً صحيحاً أو بيعاً فاسداً اذا سكوت ولم ينهيه يصير مأذوناً ولا وجه دلالة السكوت
على الأذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مالاً أجنبي فسكت يصير مأذوناً وان لم يحجز البيع لمقلنا وكذلك
لو باع مالاً مولاه والمولى حاضر فسكت لم يحجز ذلك البيع ويصير مأذوناً في التجارة لأن غرض المولى من الأذن بالتجارة
حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب مالٍ يمكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجر هذا الضرر بالثمن لأن
الناس رغائب في الاعيان ما ليس في ابدانها حتى لو كان شراءً ينفذ لانه يقع محض ثم لا حكم للسكوت في مواضع

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشرء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استئثار المولى أنه يكون اذنا وقت العقدو بعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيع اذا علم بالشرء أنه يكون تسليماً للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرة أنه يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجهول النسب اذا باعها انسان بحضرة وقال له قم فاذهب مع مولائك فقام وسكت انه يكون اقراراً منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع ببيعاً صحيحاً بثمن حال عند قبض المشتري بحضرة هل يكون اذنا بالقبض ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اذنا كإيفاء البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها في موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قل لعبد أد الى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير مأذوناً لأنه لا يتمكّن من أداء الغلّة إلا بالكسب فكان الاذن بإداء الغلّة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبد أد الى الفأوانت حر أو قال ان أديت الى ألفا فانت حر يصير مأذوناً لأن غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله إلا بالتصرف فكان التعليق دليلاً على الاذن وكذلك اذا قال له أد الى الفأوانت حر فهذا والاول سواء لأنه يستعمل في التعليق عرفاً وعادة ولو قال له أد وأنت حر لا يصير مأذوناً ويعتق للحال لأن هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير مأذوناً لأنه لما كاتبه فقد جعله أحق بكسبه ولا يكون ذلك إلا بالتجارة والله تعالى أعلم

فصل في أنواع الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لأن الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصبح الاذن للعبد بالغاً كان أو صبيّاً بعد ان كان يعقل البيع والشرء الماروى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يحيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لأنه عليه الصلاة والسلام ما كان ليحيب دعوة المحجور وبأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامة والمديرة وأم الولد بعد ان عقلا التجارة لأن اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبي الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الاذن للصبي بالتجارة بحال حرّاً كان أو عبداً وكذا سلامة العقل عن الفساد أصلاً ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشرء بالتجارة وعنده شرط (وجهه) قوله ان الصبي ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لأن أهلية التجارة بالعقد الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لأهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى أمر سبب حان وتعالى الى اولىاء بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شىء من أمواله اليه لينظر المولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة فكار الامر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولان الصبي اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة فظاهر أن أهلاً للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبي أهلاً لها نظر أدفعاً للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة فى أحد نوعى الاذن بلا خلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام فى الكتاب فالخاص ان يقول أذنت لعبدى فى التجارة لا على وجه ينادى أهل السوق فيقول بايعوا عبدي فلا فائى قد أذنت له فى التجارة ولا خلاف فى ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن فى هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله الى اعلام والقلم لا يعرف اعلاماً الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت فى حق المأذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطاً لصحتها على ما ذكرنا فى كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصبح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وأما فى الاذن العام فقد ذكرنا فى كتاب المأذون انه يصير مأذوناً ولم يعلم به العبد وذكر فى الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابني فلا نافعا يعموه والصبي لا يعلم

بالاذن انه لا يصير ما ذونا لم يعلم باذن الاب منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العبد (ووجهه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا اذن انك بما يعتقه فقد أسقط حق نفسه فانك الحجر فصار ما ذونا بخلاف الصبي لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه ألا ترى ان العهدة تلزمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة الحجر ليكون له وم العهدة في التجارة مضافا اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا للضرورة والضرورة في حق العبد دون الصبي لان الناس يحتاجون الى مائة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالباً للناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بمأذون لان عدم العلم حقيقة فتتعلق ديونهم بذمة المتفلس وتنتقل الى ما بعد العتق فيؤدي الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضاً يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثاني من جهة العبد أما الذي من جهة المولى فهو تشهيره الاذن واشاعته بان ينادي أهل السوق اني قد اذنت لعبدي فلاناً بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام وأما الذي من جهة العبد فهو اخباره عن كونه ما ذونا بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاماً أو قدم مصر لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي اذن لي في التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثني بها مولاي اليك جازله القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات في العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسمع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فالحق دينه في بيعه فيه كسبه ورقيقته دين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فالحق دينه في بيعه كسبه بالدين ولا تباع رقيقته ما لم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه فنقول والله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو توبعها أو ضرورتها يملكه المأذون وما لا فلا لان كل ذلك داخل في الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالتقدي والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى يملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يملك (وجهه) قولهما ان البيع بغبن فاحش في معنى التبرع ألا يرى انه لو فعله المرء يرضى من الثلث كما في سائر التبرعات والمأذون لا يملك التبرع (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقاً فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين المأذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء في المأذون وفرق بينهما في الوكيل حيث قال ان المأذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (ووجهه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش في باب الوكالة لما كان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يحز التهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشيء بعينه نفذ على الموكل لان عدم التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر في المأذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهل يملك المأذون ان

يباع شيئاً من مولاة فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه بأقل من قيمته لم يحز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما لا يجوز بقدر الحاجة وكذلك لو باع المولى شيئاً منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعاً لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو بأقل من قيمته جاز وان باعه بأكثر من قيمته لم يحز البيع عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى المولى داراً بحجب دار العبدان لم يكن على العبد دين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار الذى فى يد العبد خالص ملك المولى فلو أخذها بالشفعة لأخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان يأخذها بالشفعة ولو اشترى العبد داراً بحجب دار المولى فان لم يكن على العبد دين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة وكذلك الصبي المأذون فى الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعرض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من أجنبي أو اشترى منه فان باع من أبيه شيئاً أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز ولو كان فيه غبن فان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يحز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل أبيه كانه نائبه فى التصرف فصارت كالأشترى الاب شيئاً من مال ابنه بنفسه لنفسه أو اشترى شيئاً من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز ولهما أذن أن يسلم فيما يجوز فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشراء لان ذلك من عادات التجار أو التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة وكذلك ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشتري أشياء بالنقد جاز استحساناً لدفع اليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت للزومه العهدة وهى تسليم الثمن فيصير فى معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته (وجهه) الاستحسان ان التوكيل بالشراء بالنقد فى معنى التوكيل بالبيع ألا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا فى معنى البيع لافى معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشراء شئ نسيئة فاشترى لم يحز حتى كان الشراء للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان نسيئة لا يملك حبس المشتري الاستيفاء بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته فى هذه الصورة التزام الثمن فكانت كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انساناً يعمل معه أو مكنياً يحفظ فيه أمواله أو دواباً يحمل عليها أمتته لان استئجار هذه الأشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من التجارة حتى كان الاذن بالاجارة اذناً بالتجارة وله ان يرهن ويرهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من عادات التجار ويحتاج اليه التاجر أيضاً وله ان يدفع المال مضاربة أو يأخذ من غير مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفوضة لان المفوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة فلا يملك المفوضة فاذا فاض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة عنان على ان يشتري بالنقد والنسيئة جاز ما اشترى بالنقد وما اشترى بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون عن غيره بالشراء قدراً ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الاقرار بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لا تمتنع الناس عن مبايعته خوفاً من نوء أموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح وملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثير من الاشياء بظرفها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لا متنوعا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلزم امر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناولها الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرار اعلی نفسه فلم يصح أصلاً الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء وهل يصح اقراره باقتضا من أمة باصبعه غضبا قال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لا يصح وقال أبو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أو لا ويضرب مولى الامة مع الغرماء في ثمن العبد وهذا الخلاف مبني على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا أقر بغيره وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤخذ به لئلا لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو في معنى التجارة فيستوى فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فيباع في دين الغرماء فان فضل شيء منه يصرف الى دين المرأة والا فیتأخر الى ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالمأذون أولى واذا أقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بخلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره في موضعه وهل يملك تأخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التأخير محتاج اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتأخير باطل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التأخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كماله كان كل الدين له فاخره (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان التأخير لو صح لا يخلو امان ان يصح في نصيب شريكه واما أن يصح في نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح في غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيئاً من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقبوض وقد وجد فثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم للعلل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكى في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بشئ من دين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقى في حق القسمة على أصل العدم والعدم لا يحتتمل القسمة واذا لم يصح التأخير عند أبي حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشركة كما قبل التأخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتأخير أسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء شاركه في المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين في الاصل منهما جميعاً مؤجلاً فاخذ أحدهما شيئاً قبل حل الاجل شاركه فيه صاحبه لانه لما أخذ شيئاً قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً فشاركه فيه صاحبه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلاً الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يجز التأخير عند أبي حنيفة وعندهما يجوز حتى لو أخذ شريكه من الغريم شيئاً في السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك الابرار عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الخط فان كان الخط من غير عيب لا يملكه أيضاً لقلنا وان كان الخط من عيب بان باع شيئاً ثم حطم من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا الخط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا أصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والخط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له الا الخصومة والخط والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان داخل تحت الاذن بالتجارة وملك الاذن بالتجارة بان يشتري عبداً فيأذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هي اعتناق معلق بشرط اداء بدل الكتابة فلا يملكها وملك الاستمراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون ان يقرض لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب لانه لا يجوز كفالته أصلاً على ما مر في كتاب الكفالة ولا يهب درهماً تاماً ولا غير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسو ثوباً لانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام اليسير اذا وهب أو أطمع استحساناً والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا اننا استحسننا الجواز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتاً بطريق الدلالة فيمملكه ولهذا ملكت المرأة التصديق بشئ يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها الكونهما مؤذونة في ذلك دلالة كذا هذا ولا يتروج من غير اذن مولا لانه لا يتروج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد المالكين منفي شرعاً وسواء أذن له المولى بالتسرى أو لم يأذن له لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيئاً لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكاً ولا يترج عن كونه مملوكاً فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزوج ليس من التجارة وفيه أيضاً ضرر بالمولى وهل له أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال أبو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع في حق المولى لانه مقابلة ما ليس بمال فكان أشنع من البيع لأنه يملك البيع فالنكاح أولى وجه قوله أن الدخول تحت الاذن هو التجارة والنكاح الامة وان كان نافعا في حق المولى فليس بتجارة إذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع لحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتناق على مال وان أعق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على إجازة المولى بالاجماع فان أجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى نشاء العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الأولى ولا ية قبض العوض للمولى لا للعبد لما ذكر وأن لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يحجز الاعتناق وأن أجاز المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتناق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وهما لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذلك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكتب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتناق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتناق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لاحد فيه فيملك الاجازة ألا ترى أنه يملك الانشاء فالاجازة أولى فان أجاز نفذ وصار مكاتباً للمولى ولا ية قبض بدل الكتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة وحقوق الكتابة ترجع الى المولى لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة وملكه المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء على المكاتب حق لانه لما صار مكاتباً للمولى فقد صار كسباً منزهاً عن يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة الى المأذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لان نعدام شرط النفاذ هو الاجازة وان كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده لا تصح اجازة المولى عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البدل

لان كسب العبد المأذون الذي عليه دين محيطة لا يكون ملكاً للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه ويعتق اذا أدى ويضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقهم به فصار متلفاً عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفي منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة في معنى انشاء الكتابة ولو انشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطاً برقبته وبما في يده جازت اجازته بالاجماع ويضمن قيمته للغرماء لا تلاف حقهم والله الموفق للصواب

فصل * وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك ويبان حكم تصرفه فنقول وبالله التوفيق ان المولى يملك اذا عتق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لا شيء على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المولى بالاقول من قيمته ومن الدين لانه تصرف في ملك نفسه وأتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق ويراعى جانب الحق بايجاب الضمان مراعاة للجانبين عملاً بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما أتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤخذ المولى بذلك ويتبع الغرماء العبد بالباقي وان شاؤا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعه فيه لان كل الدين كان واجباً عليه مباشرة بسبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعاً على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك في ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وأيهما اختاروا اتباعه لا يبرأ الا آخر لان اختيار التضمنين في باب الغصب يتضمن المنعصوب والتقليك بعوض لا يمتثل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبداً آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختاراً للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجنائية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالم بالجنائية ووجه أن الفرق موجب جنائية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجنائية فقد صار مختاراً للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة آلاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقاً للغرماء الا أن القيمة التي في مالية الرقبة فانها تعلق بها وبالاعتاق ما بطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الخزلان الاعتاق مع العلم بالجنائية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجنائية فاما اذا لم يكن عالم بالجنائية يغرم قيمة عبده لا ولياء الجنائية لانه اذا لم يكن عالم بالجنائية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم ويلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصل على المولى هو دفع العبد بالجنائية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لا شيء على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقي الدفع واجباً وتعدر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليتها اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنائية فانه يغرم لأصحاب الدين قيمته كاملة ويغرم لأصحاب الجنائية قيمة أخرى الا أن تكون قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص منها عشرة لان حق أصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق أصحاب الجنائية قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطال الحقين جمعاً فيضمنها ولو قتلته أجنبي يضمن قيمة واحدة لان الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاعتاق فضاء ابطال الحق فيتعد ضمانه فهو الفرق والله تعالى الموفق فان قيل لم يشارك أصحاب الدين أصحاب الجناية فالجواب لا اختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذر المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتناق المدبر وأم الولد الماذونين في التجارة لما قلنا ولو أعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما فخر وجهما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتناق كسب عبده الماذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على الماذون دين أصلاً يملك وينفذ اعتاقه ولا شيء عليه لان الاعتاق صادف محلاً هو خالص ملكه لا حق لا حد فيه فينفذ ولا يضمن شيئاً وان كان عليه دين فان كان كثيراً يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبي حنيفة رضي الله عنه الا أن يسقط حق الغرماء بان يقضى المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسراً وان كان معسراً سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده الماذون المديون ديناً مستغراً لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما أن رقبة الماذون وأن تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى ألا ترى أنه يملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معه ولا به عن الأصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للانسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا أن الكسب الفراغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكاً للمولى فبقى الكسب المشغول بحاجة على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطاً بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطاً بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضي الله عنه فقد كان يقول أولاً لا يمنع حتى لا يصبح اعتاقه شيئاً من كسبه ثم يرجع وقال لا يمنع وجه قوله الا ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعاً وجه قوله الا آخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولاً لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله (واما) أن يعتبر جانب الفراغ في إيجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راينا حق الملك باثبات الملك له وحق الغرماء باثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راينا جانب الغرماء وأبطلنا حق المالك أصلاً فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملاً بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطاً بها كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والبراء فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا أعتق عبداً من اكساب مكاتبه لان المكاتب أحق باكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه بالحر وبالعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو أعتق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الميت من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافاً للحسن ولو وطئ المولى جارية العبد الماذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبته منه وصارت

الجارية أم ولد له وغرم قيمة الجارية للغمراء ولا يغرم لهم شيئاً من عقرها قليلاً ولا كثيراً أما حجة الدعوة فلان ملك المولى أن يظهر في الكسب في الحال عند أبي حنيفة رضي الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم قيمة الجارية للغمراء فلانه بالدعوة أطل حقهم (وأما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور مملوكه في الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين أنه وطى ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو أعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى بحمت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغمراء لما قلنا لان الاعتراف السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك ثابتاً له إلا أن الجارية هنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما ماصير ورثتها حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتراف السابق كان نفاذه موقوفاً على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتراف (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادم الحرية من وجهه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون إذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه إلا بإجازة الباقيين لما نذكره في بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك بيعه إلا بإجازة الباقيين لما نذكره في بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده إذا لم يكن عليه دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالأخذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغاً عند الأخذ وقد وجد ولو كان الكسب في يد العبد ولادين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد القراغ عند الأخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفي يده كسب لا يملك أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو أخذ المولى للغرماء أن يأخذه منه ان كان قائماً بقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالمأخوذ فعليه رد عينه أو بدله ولو لحقه دين آخر بعد مأخذه المولى اشترك الغرماء الأولون والآخرين في المأخوذ وأخذوا عينه أو قيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة في حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحداً لذلك اشتر كوافيه ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد في كل شهر فليحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان يأخذ عليه مثله جاز له ذلك استحساناً والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا اننا استحسنا الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل إلا بالتجارة فلم يمنع المولى عن أخذ غلة المثل لحجده عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتصرف به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيل الغلة من حيث المعنى وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو أخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم في غلة المثل للضرورة ولا ضرورة في الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان في اطلاق ذلك اضراراً بالغرماء لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتصرف به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفي يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول العبد وقضى منه الدين لان الكسب في يده والمأذون في كسابه التي في يده كالحر ولو كان المال في يدهما فهو بينهما لاستوائهما في اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم اثلاً ثالثاً قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى وأجنبي فهو بين المولى والاجنبي لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليدته فكانت يده ملحقه بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبي فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد في منزل المولى فان كان في منزل المولى وفي يده ثوب فاختلفاً فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له انما استوى يافى ظاهر اليد وترجع يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكبا على دابة أو لا يسأ ثوباً فهو للعبد سواء كان من تجارته أو لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف فكانت أولى من يد المولى ولوتنازع المأذون وأجنبي في يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى السيد كالحر ولو أجاز الحر أو المأذون نفسه من خياط يخطط معه أو من تاجر يعمل معه وفي يد الاجير ثوب واختلفاً فقال المستأجر هو المولى وقال الاجير هو المولى فان كان الاجير في حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان لم يكن في منزله وكان في السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان في دار الخياط ودار الخياط في يد الخياط كان الاجير مع ما في يده في يد الخياط ضرورة واذا كان في السكة لم يكن هو في يده فكذا ما في يده كمالوكان مكان الاجير اجنبي ولو اجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستأجر فهو للمستأجر سواء كان العبد في منزل المستأجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن في منزل المستأجر أنه يكون للاجير دون المستأجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع ما في يده بالاجارة في يد المستأجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصاله اذ هو في حق اليد كالحرف فلا يصير بنفس الاجارة في يد المستأجر ولو كان المحجور في منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان في منزل المولى كان في يده لكون منزله في يده فقول يد المستأجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبدي اذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فله حقه دين ثم استحق أو تبين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فله الاقل من قيمة العبد ومن الدين اما وجوب أصل الضمان عليه فلانه غرم بقوله هذا عبدي فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم ببايعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعه اخبار منه عن كونه مأذوناً في التجارة واطرافه العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكاً له والاذن بالتجارة مع عبد الاذن بوجوب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلاً على الكفالة بما يتعلق برقبته التي هي مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذي ولي مبايعتهم ان كان حراً لانه الذي باشر بسبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال اذنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعه يعني عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بيعت فلان من البر فهو على أنه لا يصير كقبيل بغيره لان هناك التخصيص بحسب لوقوع التصرف في كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتمة للتخصيص فاما هنا فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعه والامر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم ببايعته فأما اذا وجد أحد همدون الآخر لاضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحد همدون الآخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذي أضافه الى نفسه وامر الناس ببايعته ملكاً لالا حرم قدره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير لم يضمن المولى شيئاً لانه لم يفرمهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الا حراً فأما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذوناً أو مكاتباً وكان المأذون حراً لاضمان على الا حراً في شيء وكذا لو كان الا حراً صبيماً مأذوناً لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهم للحال ولكنها تنفذ فيؤاخذن به بعد العتق والصبي لا تنفذ كفالتة فلا يؤاخذ بالضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفي منه اداؤه فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين وبيان حكم التعلق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين بأسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ما هو في معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك في المقصوب والمحجور فكان في معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بأن عقرباً أو خرقة ثوباً خرقاً فاحشاً

لأنه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستخقة بأن اشترى جارية فوطئها ثم استحققت لأن الواجب وإن كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم إلا بالعقد فتعلق بالواجب بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح باذن المولى لأنه لم يشرع بدون المهر

فصل وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيان أحدهما اقراره بالدين وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفي منه وهو ما ذكرنا لأن اظهار ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا في ملكه المأذون والثاني قيام البيعة على ذلك عند الانكار لأن البيعة حجة مظهره للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البيعة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (وجه) الفرق أن الشهادة في المأذون قامت عليه لا على المولى لأن يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لأنه لا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور ودية مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبي يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤخذ بضمان ودية مستهلكة للحال عندهما وإنما يؤخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البيعة على اقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البيعة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وإن كان المولى حاضرا لأن المحجور لو أقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا إذا قامت البيعة على اقراره بخلاف المأذون ولو قامت البيعة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حرم القتل والذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقضى بها وإن كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فانها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبي يوسف إن العبد أجنى عن المولى فيما يرجع إلى الحدود والقصاص ألا ترى أنه يصح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى في الاقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى واقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفي شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لأنه لو كان حاضرا عسى يدعى شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم نجب صيانتها عن البطان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعقد في الاقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك إذا قامت البيعة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو مجحد ذلك أنه لو كان المولى حاضرا قطع ولا يضمن السرقة ما ذونا كان أو محجورا بلا خلاف لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان وإن كان غائبا فإذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لأن غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان في حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لأنهم لا يجتمعان وعلى قياس أبي يوسف هذا والفصل الأول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولا حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وإن كان محجورا لا تسمع البيعة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البيعة على سرقة مادون النصاب فإن كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لأن سرقة مادون النصاب لا توجب القطع فبقى دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وإن كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط للقضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البيئنة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ماسواهما من الحدود وإن كان المولى حاضراً لأن القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصاً للبيئنة وإن أظهرت الاقرار فلا نكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح في حقوق الله تبارك وتعالى لا في حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف ويستقط ماسواهما غير أنه إذا قامت البيئنة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان إن كان مأذوناً سواء بلغ نصيباً أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لأن سقوط القطع للرجوع والرجوع في حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لأن القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجوراً لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلم يكن الرجوع وأما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ في الحال فلا تصح إقامة البيئنة عليه ولو قامت البيئنة على الصبي المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل ونجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لأن عمد الصبي خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير أنه إذا قامت البيئنة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضي لأن الصبي المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البيئنة على اقراره بالقتل لم تقبل لأن اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البيئنة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

في فصل في بيان محل التعلق فنقول والله التوفيق لا خلاف في أن الدين يتعلق بكسب العبد لأن المولى بالأذن بالتجارة عينه للاستيفاء وتعين شرعاً نظراً للغماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة رضي الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق بالكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجهه) قول زفر أن التعلق حكم الأذن والأذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد أي كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقهاء الذي ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد حقوق الدين أو كان حاصل قبله إلا الولد والارث فان ما ولدت المأذونة من غيره ولاها بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدت قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى وكذلك الارش بان فقت عينها فوجب الارش على الفاق (وجهه) الفرق أن التعلق بالولد بحكم السراية من الأم إليه لأن الولد يحدث على وصف الأم ومعنى السراية إنما يتحقق في الحادث بعد لحوق الدين لأقبله لأنه كان ولادته على الأم فلما حدث حدثت على ملك المولى وكذلك الارش في حكم الولد لأن الولد جزء منفصل من الأصل والارش بدل جزء منفصل من الأصل وحكم البدل حكم الأصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فإذا لم ينزعه المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولاً بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وههنا فرق آخر وهو أن الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل في الدين وولد الجنابة لا يدخل في الجنابة لأن دخوله في الدين بحكم السراية لأن الدين يتعلق برقبة الأم فسرى ذلك إلى الولد فحدثت على وصف الأم والجنابة لا تحتل التعلق بالرقبة فلا تحتل السراية فم الفرق ولو أذن له المولى دفع إليه ما لا يعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع إليه لأن الدين يتعلق بكسب العبد وهذا ليس كسبه أصلاً فلا يتعلق به وأما رتبة العبد فهل يتعلق الدين بها يختلف فيه قال علمائنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجهه) قولهما أن هذا إن كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الإنسان لا يقضى من مال مملوك لغيره إلا بأذنه ولم يوجد وإن كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وإنما يقضى من الكسب لوجود التعيين فالأذن من المولى دلالة الأذن بالتجارة لأنه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذوناً فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد في الرقبة لأن رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) أن قول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك أو تقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذي عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة لقضاء الدين منها فيتعين بتعين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم وإذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلاً لتعلق الدين به فإذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لأن الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البدية بالكسب أولى فإذا قضى الدين منه فإن فضل من الكسب شيء فهو للمولى لأنه كسب فارغ عن حاجة العبد وإن فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فإن فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما ذكره

فصل وأما بيان حكم التعلق فنقول والله تعالى التوفيق أن لتعلق الدين أحكاماً منها ولاية طلب البيع للرماء من القاضى لأن معنى تعلق الدين منه ليس الاتيينه لاستيفاء الدين منه وهو في الحقيقة تعين ماله له للاستيفاء لأن استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماله لا عينه وذلك بيعه وأخذ ثمنه إلا أن يقضى المولى ديونهم فيخلص له الرقبة لأن حقهم في المالية دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها أنه إذا بيع العبد كان ثمنه بين الرماء بالحصص لأن الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كضمن التركة إذا بيعت ثم إذا بيع العبد فإن فضل شيء من ثمنه فهو للمولى وإن فضل الدين لا يطالب المولى به لأنه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لأن الدين كان عليه إلا أن القدر الذي تعلق برقبته صار مضمناً فبقى الفاضل عليه وانما يباع العبد في الدين إذا كان حالاً فإن كان مؤجلاً لا يباع إلى حل الاجل لأن البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت إلا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فطلب أصحاب الحال البيع بآعه القاضى وأعطى أصحاب الحال قدر حصصهم وأمسك حصصة أصحاب الاجل لأن التعلق على التضييق ثبت في حق أصحاب الحال لا في حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الرماء بعضهم حضورياً وبعضهم غيباً فطلب الحضور البيع من القاضى بآعه القاضى وأعطى الحضور حصصهم ووقف حصصة الغيب لأن لكل واحد منهم على الآخر ديناً متعلقاً بالرقبة وإذا وجب التحويل يبيع إلى البيع فغيبية البعض لا تكون مانعة وكذلك إذا كان بعض الديون ظاهراً والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بأن كان عليه دين خفي برأ على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع بآعه القاضى في دينه وأعطاه دينه وإن كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئاً لأن ظهور دينه أوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما يظهر ثم إذا وقعت فيها بهيمة فعطيت رجع صاحب البهيمة على الغريم فيتضاربان فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لأن الحكم مستند إلى وقت وجود سببه فيتبين أنه كان شريكاً في الرقبة في تعلق الدين فيتشارك في بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقربل أن يباع لغائب يصدق في ذلك صدقه المولى والرماء أو كذبوه لأن أقر المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا وإذا بيع وقف القاضى من ثمنه حصصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعدما يبيع في الدين لم يحجز أقره وإن صدقه المولى لأنه إذا بيع فقد صار محجوراً عليه وأقر المحجور بالدين لا يصح وإن صدقه المولى فإن قدم الغائب وأقام بينة على الدين اتبع الرماء بحصته من الثمن لأنه بإقامة البينة ظهر أن كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فشاركهم في بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشتري لأن حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أنه لا يجوز للمولى بيع العبد الذي عليه دين إلا بأذن الرماء أو بقضاء الدين أو بأذن القاضى بالبيع للرماء ولو باع لا ينفذ إلا إذا وصل إليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لأن حق الرماء متعلق برقبته وفي البيع إبطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاء كبيع الموهون إلا أن يصل ثمنه إليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ ما بينا أن حقهم في معنى الرقبة لا في صورته فصار كالموكل قضى المولى الدين من خالص ماله ودل إطلاق هذه الرواية على أن الدين حال قيام الكسب بتعلق بالكسب والرقبة جميعاً لأنه بقي جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعاً من التعلق بالرقبة

لجاز لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذا لان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على المقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اذن له بعض الغرماء بالبيع لم يحجز الا ان يحجزه الباقيون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى وبين بيع الوصى السترة في الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (ووجهه) الفرق ان الغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصى فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا نفذ البيع في ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التنفيذ ولم يوجد ثم اذ احل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو اقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد وروى عن محمد رحمه الله في النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائما في يد المشتري فان كان هالكا فالغرماء بالخيار ان شاءوا ضمنوا المولى وان شاءوا ضمنوا المشتري قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقه فكان لهم تضمين أيهما شاءوا فان اختار واتضمن المولى نفذ بيعه لانه خالص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه ثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيبا بعده لا يملكه ان يرجع بالنقصان على المولى والمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختار واتضمن المشتري بطل البيع لانه يمكن تملكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يهلك العبد في يد المشتري ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضرا أسوأ والله أعلم بالصواب هذا الذي ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الاقرار فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتماع الدين والجناية فتقول والله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلا خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الاصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالقداء والتخيير بين الدفع والقداء وهذا لا ينافي الدين لانه يمكن دفعه متعلقا بقرته بالدين وكذا لا ينافيه القداء لاشك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معاً واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعاً يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضى للغرماء في دينهم فان اذادفعناه بالجناية فقد راعينا حق أصحاب الجناية بالدفع اليهم وراعينا حق الغرماء بالبيع بدنيهم واذا دفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشتري ملك جديد دخل عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة الحقيقين من الجانبين فكان أولى ثم في الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهي الاستخلاص بالقداء لان الناس في أعيان الاشياء رغائب ما ليس في ابدالها واذا دفعه المولى الى أصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منه تملكيا منهم بمنزلة البيع وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان ينعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فبيعه للغرماء فان فضل عن دينهم شيء من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع اليهم وانما يبيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقى الفاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضى للغرماء وفضل من ثمنه شيء ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولودفعه المولى الى أصحاب الدين بدنيهم ان كان عالماً بالجناية لزمه الارش لانه صار مختاراً للقداء وان لم يكن عالماً بها لزمه قيمة العبد لان الواجب الاصل دفع عين العبد وانما القداء للخرج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار القداء فبقى دفع العين واجبا وقد تعدد دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أو لا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينتظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضورا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضر وبعد ذلك لا ضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بأمر القاضي فكان مضيا فالقاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختارا للقضاء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا وذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشيء يبطل بمثله وبما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد وبين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشيء لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة المقلس ومعنى التعذر لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يتنعمون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور ويبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشيء يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كافي سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلا أو رجلا وامراأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حرة أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق الخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق الخبر ولو كان المخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سواء كان على الاعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كأنه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بالحجر الآخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المدين عنده وعندهما يملك (ووجهه) البناء انه لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كونه ولومات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وأما الدلالة فانواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاء بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاء (وجهه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهاات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاء حجرا دلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اطلاقا والتدبير لا ينافيه ومنها الحق بدار الحرب مرتدا لان الردة مع الحقوق توجب زوال الملك وهذا يمنع بقاء الاذن فكان حجر الدلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة رضي الله عنه ينبغي ان يقف تصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قولهما ينفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لأن الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الأذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لأن أهلية الأذن شرط بقاء الأذن لأن الأذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الأذن لا يصح من غير الأهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للأهلية فصارت جوارفان أفاق يعود مأذونا لأن بطلان الأذن لبطلان الأهلية مع احتمال العود فإذا أفاق عادت الأهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل إذا أفاق بعد جنونه أنه تعود الوكالة كذا هذا وأما الأغماء فلا يوجب الحجر لأنه لا يبطل الأهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذي يرجع إلى العبد فأنواع أيضا منها إبقائه لأنه بالابق تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا ينافي الأذن لأن تصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لأنه مبطل لأهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود إلا على سبيل الندرة لأن ما هو مبني عليه وهو العقل فلم يكن في بقاء الأذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى علم وأما الجنون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لأن غير المطبق منه ليس بمبطل للأهلية لكونه على شرف الزوال فكان في حكم الأغماء ومنه رده عند أبي حنيفة وعندهما لا يوجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده وشقها عندها ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لأن المحقوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للأهلية فيصير محجورا لكن عند أبي حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت المحقوق والله تعالى أعلم

فصل في أحكام الحجر فهو انحجار العبد في حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الأذن فلا يملك الإقرار بالدين إذا لم يكن في يده مال لأن محسنة أقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الإقرار بما هو من ضروراتها في حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لأن إقراره صحيح في نفسه لصدوره من الأهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فإذا عتق فقد زال المانع فيظهر وإن كان في يده مال بنفذا إقراره فيما في يده عند أبي حنيفة وعندهما لا ينفذ لأنه إقرار المحجور فكيف ينفذ ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه غير محجور فيما في يده ولم يصح الحجر في حق ما في يده لأنه لو صح لتبادر المولى إلى حجر عبيدهم المأذنين في التجارة إذا علموا أن عليهم ديناً لتسلم لهم كسبهم التي في أيديهم وقد لا يكون للعرماء بينة على ذلك فيتضرر به العرماء لتعلق ديونهم بذمة العبد القلس فكان إقراره فيما في يده من المال من ضرورات التجارة فاشبهه إقرار المأذون بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال لأن الحجر من المولى للوصول إلى الكسب فإذا لم يكن في يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالبينة أو المعاينة وفي يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لأن حق العرماء متعلق به ويملك الإقرار على نفسه بالحد ودوالقصاص صدقه المولى أو كذبه لأنه لا ملك للمولى في نفسه في حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج في إقامتها إلى حضور المولى بالاجماع وفيما إذا ثبت ذلك بينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور في الجنابة عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسند كره فيه أن شاء الله تعالى

كتاب الإقرار

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الإقرار وفي بيان الشرائط التي يصير الركن بها إقرارا شرعا وفي بيان ما يصدق المقر فيما ألحق بإقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفي بيان ما يبطل به الإقرار بعد وجوده أماركن الإقرار فنوعان صريح ودلته فالصريح نحو أن يقول لقائل على ألف درهم لأن كلمة على كلمة إيجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وكذا إذا قال

لرجل لي عليك ألف درهم فقال الرجل نعم لأن كلمة نعم خرجت جواباً للكلامه وجواب الكلام اعادته لغة كأنه قال لك على ألف درهم وكذلك اذا قال لفلان في ذمتي ألف درهم لأن ما في الذمة هو الدين فيكون اقراراً بالدين ولو قال لفلان قبلي ألف درهم ذكر القدوري رحمه الله أنه اقرار بامانة في يده وذكر الكرخي رحمه الله أنه يكون اقراراً بالدين وجهه ما ذكره الكرخي أن القبالة هي الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيلاً أي كفيلاً والكفالة هي الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التثخيف أي ضمن القيسام بأمها وجهه ما ذكره القدوري رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة فان محمداً رحمه الله ذكر في الاصل أن من قال لاحق لي على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لاحق لي عند فلان أو معه يبرأ عن الامانة ولو قال لاحق لي قبله يبرأ عن الدين والامانة جميعاً فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له في دراهمي هذه ألف درهم يكون اقراراً بالشركة ولو قال له في مالي ألف درهم ذكر في الاصل أن هذا اقرار له ولم يذكر أنه مضمون أو أمانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله أنه يكون اقراراً بالشركة له كافي الفصل الاول لأنه جعل ماله ظرفاً للمقرب وهو ألف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصوراً يكون اقراراً بالشركة وان لم يكن محصوراً يكون اقراراً بالدين فظاهر اطلاق الكتاب يدل على اقرار بالدين كيف ما كان لأن كلمة الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب قال النبي عليه الصلاة والسلام في الرق قرع العشر وفي خمس من الابل السائمة شاة وفي الركا الخمس ولو قال له في مالي ألف درهم لا يكون اقراراً بل يكون هبة لأنه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة لأن اللام المضاف الى أهل الملك للتملك والتملك بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم ولو قال له في مالي ألف درهم لاحق له فيها فهو اقرار بالدين لأن الالف التي لاحق له فيها لا تكون ديناً اذ لو كانت هبة لكان لاحقاً ولو قال له عندي ألف درهم فهو ودعة لأن عندي لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زائد وكذلك لو قال لفلان معي أو في منزلي أو في بيتي أو في صندوقي ألف درهم فذلك كله ودعة لأن هذه الالفاظ لا تدل الا على قيام اليد على المذكور وإذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن اقراراً بالدين فكانت ودعة لأنها في متعارف الناس تستعمل في الودائع فعند الاطلاق تصرف اليها ولو قال له عندي ألف درهم عارية فهو فرض لأن عندي تستعمل في الامانات وقد فسر بالعارية عارية الدراهم والدنانير تكون قرضاً اذ لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه يكون قرضاً في المتعارف وكذلك هذا في كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع به بدون الاستهلاك فكان الاقرار باعارتها اقراراً بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهي أن يقول له رجل لي عليك ألف فيقول قد قضيتها لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي ساقية الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقراراً بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح الا بالينة وكذلك اذا قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال اترتها لأنه أضاف الاتزان الى الالف المدعاة والانسان لا يأمر المدعي باتزان المدعي الا بعد كونه واجبا عليه فكان الامر بالاتزان اقراراً بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال أترن أو أنتقد لم يكن اقراراً لأنه لم توجد الاضافة الى المدعي فيحتمل الامر باتزان شيء آخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال أجلي بها لان التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين في الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لي عليك ألف درهم فقال حقاً يكون اقراراً لأن معناه حققت فيما قلت لأن انتصاب المصدر لا بدله من اظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون معناه قل حقاً والزم حقاً ولكن الاول أظهر وكذلك اذا قال الحق لأنه تعريف المصدر وهو قوله حقاً وكذلك لو قال صدقاً والصدق أو يقينا أو اليقين لما قلنا ولو قال برا أو البر لا يكون اقراراً لأن لفظة البر مشتق تذكراً على ارادة الصدق وتذكراً على ارادة التقوى وتذكراً على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحاً أو

الصالح لا يكون اقرار الان لفظة الصالح لا تكون بمعنى التصديق والقرار فإنه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقاً فيحمل على الامر بالصالح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظين متجانسين أو مختلفين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقاً واما أن يكون ملحقاً بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا وما يجري مجراه خالياً عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبإنيانه يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق باقراره من القرائن مالا يكون رجوعاً وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعاً فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهي المسقطه لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغيير الصورة تبييناً بمعنى (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل في أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلاً وقد يكون منفصلاً أما الذي يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلاً باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلاً لان تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى يكون ألف في الذمة أمر لا يعرف ان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علقه بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والاقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذي يدخل على وصف المقر به فان كان متصلاً باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقرار بالوديعة وان كان منفصلاً عنه بان سكت ثم قال عنت به الوديعة لا يصح ويكون اقرار بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب ألف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الاموصولا كالاستثناء وانما يصح موصولاً لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أى على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضاً أو مضارباً قرضاً أو بضاعة قرضاً أو قال ديناً مكان قوله قرضاً فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما يمكن لجواز أن يكون أمانة في الابتداء ثم يصير مضموناً في الانتهاء اذا الضمان قد يطرأ على الأمانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان في الاقرار بالضمان على نفسه غير متمم (وأما) الذي يدخل على قدر المقر به فنوعان أحدهما الاستثناء والثاني الاستدراك أما الاستثناء في الاصل فنوعان أحدهما أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والثاني أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الاثلاثة دراهم ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقي بعد الثبوت كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسماً واحداً سبعة والاخر عشرة الاثلاثة قال الله تبارك وتعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاماً معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاماً وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من ألقاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير دنانق يلزمه خمسة دنانق ولو قال غير دنانق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فجاء في ظاهر الرواية ويلزمه درهم

الاماروى عن أبى يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة
رحمهم الله ان الاستثناء نكاح بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء
الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم
الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكن يخطر بباله الوقوع
في الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان على عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة
كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو نكاح بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا
للكلام ورجوعا عما نكح به والرجوع عن الاقرار في حق العبد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار ولو قال لفلان
على عشرة دراهم الا درهما زائما لا يصح الاستثناء عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه عشرة جياذ وقال أبو يوسف
يصح وعليه عشرة جياذ للمقر له وعلى المقر له درهم زائف للمقر بناء على أن الاصل عند أبى حنيفة رحمه الله أن المقاصة
لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبى يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على
هذا الاصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر له درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع
المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا لا زائما وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء
وعند أبى يوسف رحمه الله لا كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقيق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع
كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدى الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح
أصل أبى حنيفة رضى الله عنه لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبي عليه الصلاة والسلام
جيدها ورديها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدم حقيقة لو قمت المقاصة كذا اذا انعدم
شرعا ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهم مستوق فقياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان يصح
الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم مستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله ان لا يصح الاستثناء أصلا وعليه
عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وعند محمد
وزفر شرط على ما سنده ان شاء الله تعالى ولو قال لفلان على ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف ألف والقول
في الزيادة على الخمسة قوله لان القليل من أساء الاضافة فيقتضى أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه
قليلا فاذا استثنى القليل من ألف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف ألف
ولهذا قال بعض أهل التأويل في قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمحل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام
الليل يقتضى الامر بقيام أكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف ألف قوله لانه المجمل في قدر الزيادة فكان
البيان اليه وكذلك اذا قال الاشياء لان الاستثناء بلفظة شئ لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس
المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دين في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء
وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له على عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب
وان كان المستثنى مما يثبت دين في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لفلان على عشرة الا
درهم أو الا قنجر حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف
رضى الله عنهما ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (أما) الكلام
مع الشافعي رحمه الله في المسألة الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كالمص
المستثنى منه من النفي والاثبات لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لفلان على عشرة دراهم
الا درهما معناه الا درهما فانه ليس على فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء
يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان على ألف درهم الا ثوبا أى الا ثوبا فانه ليس على من ألف ومعلوم ان عين

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجسه قول أصحابنا
رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا ببيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلاً لان أهل اللغة
قالوا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت وانما يكون تكلماً بالباقي اذا كان ثابتاً فكان انعدام حكم نص المستثنى منه
في المستثنى لا انعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدهما ان الاستثناء مقارن
للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس
بنص قائم بنفسه فلا يصلح معارضة الا أن يزداد عليه قوله الا كذا فإنه كذا وهذا تغيير ومهما امكن العمل بظاهر اللفظ
من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعاً عن الاقرار والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد
لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم وإذا كان بيا نافعاً معنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى
من جنس المستثنى منه ما في الاسم أو في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق ولم يوجد هنا على ما نذكره ان شاء الله
تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات محمول على الظاهر اذ هو في الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه
تحقق معنى المعارضة وهي محال على ما ذكرنا وجه حالته فيكون بيا نافعاً حقيقة ثبوتاً واثباتاً جمعاً بين النفيين بقدر الامكان
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام في المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء
استخراج بعض ما لولا له دخل تحت نص المستثنى منه وهذا لا يتحقق الا في الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوباً لم يصح
الاستثناء وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لقان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة
مطلقة اسماءاً بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة في اسم الدراهم أمكن تحقيقها في الوجوب في الذمة على الاطلاق
لان الخطئة في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب ديناً موصوفة في الذمة
حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلماً وثمناً حالاً كالدرهم (فاما) الثوب فلا يحمل الوجوب في الذمة
على الاطلاق بل سلماً أو ثمناً أو جلاً (فاما) ما لا يحتمله استقراضاً واستهلاكاً وثنماً حالاً غير مؤجل فامكن تحقيق
معنى المجانسة بينهما في وصف الوجوب في الذمة على الاطلاق ان لم يكن في اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثناء في
تحقيق معناه وهو البيان من وجهه ولا مجانسة بين الثياب والدراهم لا في الاسم ولا في احتمال الوجوب في الذمة على
الاطلاق فانعدم معنى الاستثناء أصلاً فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فلا استثناء
باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى
من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسماً عاماً لكانه يتناول هذه
الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والقص لانه اسم عام بل هو اسم لسمى واحده وهو المركب
من الحلقة والقص ولكنه يتناول بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والخنجر والحامل لما
قلنا وكذا من أقر بحجلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيئاً منها انه يصح
الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصيح ولو قال بناء هذه الدار والعرصة
لقان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصة اذ هي اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذي ذكرنا حكم الاستثناء
اذا ورد على الجملة الملقوطة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فلا صل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون
استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثاني اليه ويجعل الباقي منه مستثنى من
الجملة الملقوطة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فلا صل فيه أن يصرف كل استثناء
الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الاخير فيستثنى الباقي مما يليه ثم ينظر الى الباقي مما يليه ثم
ينظر الى الباقي هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقي منه فيستثنى ذلك من الجملة الملقوطة فبقي منها فهو القدر
المقر به ببيان هذه الجملة اذا قال لقان على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقراراً بثبوت دراهم لا ناصراً

الاستثناء الاخير الى ما يليه فبقي درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبراً عن الملائكة قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا المنجوههم أجمعين الامر أنه قدرنا انهم المان الغابرين استثنى الله تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لامن المجرمين لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم استثنى امرأته من آله فبقيت في الغابرين ولو قال لفلان على عشرة دراهم الاستثناء من الثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بسبعة لا ناجعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهي ثلاثة فبقي درهمان استثناهما من خمسة فيبقى ثلاثة استثناهما من الجملة المفقوطة فبقى سبعة وكذلك لو قال لفلان على عشرة دراهم الاستثناء من الثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ في ايراد الاستثناء على الاستثناء وان كثر هذا اذا كان الاصل متصلاً بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلاً عنها بان قال لفلان على عشرة دراهم وسكت ثم قال الا درهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلاً ومنفصلاً كبيان الجمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة المفقوطة لا تكون كلام استثناء لغة لان العرب ما تكلمت به أصلاً ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كمن قال لفلان على كذا ثم قال بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقاً بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح بخلاف بيان الجمل والعلم لانهم يتكلمون بذلك مستعملين عندهم متصلاً ومنفصلاً على ما عرف في أصول الفقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحران شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان تكرير صيغة التحرير لقوف كان في معنى السكت ولو قال لفلان على كرحنطة وكرحشعير الا كرحنطة وقبح شعير لا يصح استثناء كرحنطة بالاتفاق لا نصرف كرحنطة الى جنسه فيكون استثناء لكل من الكل فلم يصح وهل يصح استثناء القفير من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لما لم يصح استثناء كرحنطة فقد انفاك كانه سكت ثم استثنى قفير شعير فلم يصح استثناءه أصلاً والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون في القدر واما أن يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما أن يكون في الجنس واما أن يكون في خلاف الجنس فنحن ان يقول لفلان على ألف درهم لا بل ألفان فعليه ألفان استحساناً والقياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما اذا قال لا مرأه أنت طالق واحدة لا بل اثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخير عنه مما يجري الغلط في قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهماً فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسألة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعاً ولا انشاء لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخباراً بان قال لها كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الاطلاق والله تعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على كرحنطة لا بل كران ولو قال لفلان على ألف درهم لا بل ألف درهم فعليه ألفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه كالتحاقه بالعدم (وأما) في خلاف الجنس كما لو قال لفلان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لفلان على كرحنطة لا بل كرحشعير لزمه الكل لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادراً والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به (فاما) اذا وقع في صفة المقر به بان قال لفلان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان مستدركاً في الاول راجعاً في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف

والألفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه الالف
 لقلان لا بل لقلان وادعاها كل واحد منهما يدفع الى المقر له الاول لانه لما أقر به الاول صح اقراره فصار واجب
 الدفع اليه فقوله لا بل لقلان رجوع عن الاقرار الاول فلا يصح رجوعه في حق الاول ويصح اقراره به للثاني في
 حق الثاني ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضي يضمن للثاني لان اقراره به للثاني في حق الثاني صحيح ان لم يصح
 في حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه فاذا دفعها الى الاول فقد أتلفها عليه فيضمن وان دفعها الى الاول بقضاء
 القاضي لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن بالدفع (واما) أن يضمن بالاقرار لا سبيل الى الاول لانه مجبور
 في الدفع من جهة القاضي فيكون كالمكره ولا سبيل الى الثاني لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال
 غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع الى الاول ويضمن للثاني سواء دفع الى الاول بقضاء أو بغير
 قضاء بخلاف المسئلة الاولى (ووجه) الفرق أن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار به اقرار بوجود
 سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثاني فيلزمه رد
 قيمته بخلاف المسئلة الاولى لان الاقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب الضمان لا نعدام الاتلاف وانما التلّف
 في تسليم مال الغير الى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال
 هذه الالف لقلان أخذتها من فلان أو أقرضتها فلان وادعاها كل واحد منهما فهي للمقر له الاول ويضمن للذي
 أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألفا مثله لان الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار بهما
 اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الالف القائمة الى الاول لصحة اقراره بهاله ويضمن للثاني ألفا أخرى ضمانا
 للاخذ والقرض ولو قال اودعني فلان هذه الالف لا بل فلان يدفع الى المقر له الاول لما بينا ثم ان دفعه اليه بغير قضاء
 القاضي يضمن للثاني بالاجماع وان دفعه بقضاء القاضي فعند أبي يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجه) قول
 محمد رحمه الله ان اقراره بالادعاء من الثاني صحيح في حق الثاني فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالاقرار
 للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع
 الى الاول بالاقرار والدفع بقضاء القاضي لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الى هذه الالف فلان وهي لقلان وادعى
 كل واحد منهما انها له فهي للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في
 حق الاول لكن يصح في حق الثاني ولو قال هذه الالف لقلان دفعها الى فلان فهي للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شيء
 فاذا ادعى الثاني ضمن له ألفا أخرى لما بينا ان الاقرار به للاول يوجب الرد اليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في حق
 الاول لكنه يصح في حق الثاني ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضي يضمن وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك
 عند محمد وعند أبي يوسف لا يضمن والحجج من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الالف لقلان ارسل بها الى فلان
 فانه يردها على الذي أقر انها ملكه وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح اقراره
 للثاني عند أبي حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال لقلان على ألف درهم قبضتها من فلان
 فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما ألفا (وجه) الفرق ان المقر به للاول هناك ألف في الذمة فيلزمه ذلك
 باقراره له ولزمه ألف أخرى لقلان باقراره بقبضها منه اذ القبض سبب لوجوب الضمان فلزمه القان وهما المقر به عين
 مشار اليها فتصح اقراره به لم يصح للثاني وذ كر قول أبي يوسف في الاصل في موضعين أحدهما انه لا ضمان عليه
 للثاني بحال بانتهاء الرسالة بالوصول الى المقر وفي الآخر انه ان دفع بغير قضاء القاضي يضمن فان قال الذي أقر له انها
 ملكه ليست الالف لي وادعاها الرسول لان اقراره للاول قد ارتد بده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد اليه ولو كان
 الذي أقر له أنها ملكه غائبا وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبي يوسف لان رسالته
 قد انتهت بالوصول الى المقر ولو أقر الى خياط قتال هذا الثوب أرسله الى فلان لا قطعه قبضا وهو لقلان فهو للذي

أرسله إليه وليس للثاني شيء لأنه أقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة إقراره بالملك الثاني كما إذا قال دفع إلى هذه الألف فلان وهي لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذي في يدي لفلان أرسله إلى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي أقر له أول مرة ولا يضمن للثاني شيئاً في قياس قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده فاشبهه الودعة وعندهما عليه الضمان فاشبهه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

(فصل ١٠) (وأما) القرينة المبنية على الإطلاق فهي المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذلك قبل وجود القرينة فإذا وجدت القرينة يتعين البعض مراداً باللفظ من غير تغيير أصلاً ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملها على السواء يصبح بيانه متصلًا كان أو منفصلاً وان كان لا أحدهما ضرب رجحان فان كان الفهم إليه أسبق عند الإطلاق من غير قرينة فان كان منفصلاً لا يصح وان كان متصلًا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معنى الرجوع لا يصح الابتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضاً يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذي يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفلان على شيء أو حق يصح لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار لأن الإقرار اخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً بأن أتلف على آخر شيئاً ليس من ذوات الامثال فوجبت عليه قيمته أو جرح آخر جرحاً ليس لها في الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الإقرار بالمجهول اخباراً عن الخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لأن جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الإقرار فيصح ويقال له بين لأنه الحمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بيانه ويصح بيانه متصلاً ومنفصلاً لأنه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كيانه الحمل والمشارك لكن لا بد وأن يبين شيئاً له قيمة لأنه أقر بما في ذمته ومالا قيمة له لا يثبت في الذمة ثم اذا بين شيئاً له قيمة فالمر لا يخلو من أحد وجهين اما ان صدقه في ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه مالا آخر فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البيينة على الزيادة والاحلفه عليها ان أراد لأنه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعى عليه مالا آخر أقام مبينة على مال آخر والاحلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لأنه أبطل إقراره بالتكذيب وكذلك اذا قرأه غصب من فلان شيئاً ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيئاً يتناع في العادة ويقصد بالغصب لان مالا يتناع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون مالا متقومًا يختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين أنه غصب صبيًا حرًا أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيئاً هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق ان الحكم الاصلى للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب مالا متقومًا (وجه) قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثاني وجوب قيمتها عند العجز فكان إقراره بغصب شيء إقراراً بغصب ما يحتمل موجب وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدر ورى رحمه الله أنه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد رحمه الله هو مضمون القيمة أيضاً فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لأنه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا قال لفلان على مال يصدق في القليل والكثير لان المال اسم ما يتحمل وذات يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلاً ومنفصلاً ولو قال لفلان على الف ولم يبين فالبيان اليه والله تعالى أعلم بالصواب

فصل وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الأصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصب من فلان عبداً أو جارية أو ثوباً من العروش فيصدق في البيان من جنس ذلك سلباً كان أو معيلاً لأن الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الأصل وأجل الوصف فيرجع في بيان الوصف إليه فيصبح متصلاً ومنفصلاً ومتى صح بيانه يلزمه الرد أن قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة لأن المعصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله في مقدار قيمته مع يمينه لأنه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو أقرانه غصب من فلان داراً وقال هي بالبصرة يصدق لأنه أجل المكان فكان القول في بيان المكان إليه فيلزمه تسليم الدار إليه أن قدر عليه وان عجز عنه بان خربت أو قال هي هذه الدار التي في يدى زيدوز يدنكر فالقول قول المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على أن العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلا فإله فإذا أقر بالف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين أما أن أقر بذلك مطلقاً من غير بيان الجهة وأما أن بين الجهة فإن أطلق بان قال لفلان على ألف درهم ولم يذكر له جهة أصلاً وقال هي ز يوف أو نهرجة فإن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق لأن اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والز يوف فكان قوله ز يوف بياناً للنوع إلا أنه يصبح موصولاً لا مفصولاً لأنها عند الإطلاق تصرف إلى الجياد فكان فصل البيان رجوعاً عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندى ألف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة يصدق وصل أو فصل لأن هذا أقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون ز يوف على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا إذا أطلق ولم يبين الجهة أما إذا بين الجهة بان قال لفلان على ألف درهم ثم مبيع وقال هي ز يوف أو نهرجة فلا يصدق وإن وصل وعليه الجياد إذا ادعى المقر له الجياد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمدان وصل يصدق وإن فصل لا يصدق (وجه) قوله ما ذكرنا آفاقاً اسم الدراهم يقع على الز يوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والز يافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لأنه نوع من الجنس لكن عند الإطلاق ينصرف إلى الجياد فيصبح بيانه موصولاً لوقوعه تعييناً لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصبح مفصولاً لكونه رجوعاً عن الإقرار (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن قوله هي ز يوف بعد النسبة إلى ثمن المبيع رجوع عن الإقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضى سلامة البدلين لأن كل واحد من العاقلين لا يرضى إلا بالبدل السليم فكان إقراره بكون الدراهم ثمن الإقرار بصفة السلامة فأخبره عن الز يافة يكون رجوعاً فلا يصح كما إذا قال بعثك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وإن وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضاً وقال هي ز يوف فالجواب فيه كالجواب في البيع أن وصل يصدق وإن فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الأولى أن القرض في الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان في استدعاء صفة السلامة كالبيع (وجه) الرواية الأخرى أن القرض يشبه الغصب لأنه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الز يافة مقبول في الغصب كذا في القرض ويشبه البيع لأنه تمليك مال بمال فليشبهه بالغصب احتمال البيان في الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملاً بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصب من فلان ألف درهم وقال هي ز يوف أو نهرجة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبي يوسف أنه لا يصدق إذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الغصب في التجرد لا يستدعي صفة السلامة لأنه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملاً للبيان متصلاً أو منفصلاً لا نعدم معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبداً ثم قال غصبتة وهو معيب يصدق وإن فصل كذا هذا ولو قال اودعني فلان ألف درهم وقال هي ز يوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لأن الأيداع استحقاق المال وكما يستحق السليم يستحق المعيب فكان الإخبار عن الز يافة بياناً ناعضاً فلا يشترط لصحته الوصل لا نعدم تضمن معنى الرجوع وأبو يوسف رحمه الله على ما روى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقة في الوديعة موصولاً كان البيان أو مفصولاً ولم يصدق

في الغصب الاموصولا (وجه) الفرق له أن ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفي باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا في الغصب (فاما) الواجب في باب الودعة فهو الحفظ والمعيب في احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالدرهم وقال هي زيف أو نهرجة فاما اذا أقر بها وقال هي ستوقفة أو رصاص في الودعة والغصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدرهم الا أنه يسمى بها مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (وأما) في البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقفة أو رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة فصل أو وصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيف لا يصدق عنده وصل أو فصل فنهنا أولى وعند أبي يوسف يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقفة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقفة في البيع بوجب فساد كتسمية العروض وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم بيض زيف أو وضح زيف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على ألف درهم جياذ زيف أو قد ديت المال زيف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزيف اذا البيض قد تكون جياذا وقد تكون زيفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياذ لان الجودة لا تحتمل الزيف لتضاد بين الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان ذكر عبد امعينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم يقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه في البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ الالف فسلم العبد والا فلا شيء لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضي تسليما بازاء تسليم وان كذبه في البيع وقال ما بعث منك شيئا والعبد عدي ولى عليك الف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا شيء له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبدا بغير عينه فعليه الالف عند أبي حنيفة ولا يصدق في عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له في البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه في القبض كان القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه في البيع وادعى عليه الفأخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب هو القبض فكان قوله لم يقبضه بيانا فيه معنى التغير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم في البيع فكان قوله لم يقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل لبيان الحمل والمشارك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على الف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم يقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لم يقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرار بقبض المبيع فقوله لم يقبضه يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على الف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه الف ولا يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يلزمه شيء (وجه) قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم لانه ثمن خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بالف واجب في ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكني لم يقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضاً فيصح متصلاً أو منفصلاً ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض انما طلبت اليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس ان المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقراراً بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقراراً بالقبض (وجه) الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقراراً بالقبض ظاهراً لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بيانا معنى فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمتني الى وقال لم أقبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايذاء والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصاً عند الاضافة فلا يصح منفصلاً لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلاً ولو قال بعثتني دارك أو أجزتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاعارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقراراً بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التملك وكذلك الصدقة وانما القبض فيها شرط الحكم ولهذا وحلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه لم يحنث ولو قال نقدتني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشرط الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد والدفع خصوصاً عند صريح الاضافة والاعارة باحد المتلازمين اقراراً بالآخر قوله لم أقبض يكون رجوعاً عما أقر به فلا يصح وعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصباً لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقرضان ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالتقول قول المقر مع يمينه (وجه) الفرق ان أخذ مال الغير بسبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقراراً بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان صاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادق على ان الاخذ كان باذن والاخذ باذن لا يكون سبباً لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقرار ضد دعوى الاخذ بحجة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال أودعتني الف درهم أو دفعت الي الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذا المقر به هو الايداع والاعطاء وانما ليسا من سبب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظري في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانما ليست بسبب وجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الي الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالتقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان انظاره شاهد للمقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقتضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شئ وقال هو مالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضاء اقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان في الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقرار بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بحجة الاقتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا اقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده وديعة وانكر المقر له فالقول قوله المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتي ثم أخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قوله المقر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو قال أعرتة دأبني ثم أخذتها منه وقال صاحبه همى فهو على هذا الاختلاف (وجه) قولهما ان قوله أسكنته دارى ثم أخرجته وأعرتة دأبني ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاباه سكن الدار فزعم المقر انه أعارهما (١) منه لم يقبل قوله فكذا اذا أقر وجه قول أبي حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بحجة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذى أقر به فيرجع في بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قيصى بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاطى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه في بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا بيينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البيينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعى الا بيينة ولو أقر ان فلانا راع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدى المقر وادعى المقر له انه له فالقول قوله المقر لان الاقرار بالزراع والغرس والبناء لا يكون اقرار باليد لجواز وجوده فى يد الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعنت عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشئ فى حال الرق وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قوله العبد ويؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالاتلاف بان قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفتته وأنا حر فالقول قوله العبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قوله المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قوله المولى بالاجماع (وجه) قول محمد وزفر رحمهما الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافى الضمان اذا المولى لا يجب عليه لعبد ضمان فكان منكرا وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة والوطء كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد بوجوب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقاً للرقبة والسكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقى خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلاً وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر فى كتاب التأذون فكان المولى بقوله كان

ممكن ان يكون (١)

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل في الوطء ان لا يكون سبباً لوجوب الضمان لانه اتلاف منافع البضع والا اصل في المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فتزجج خبر المولى بشهادة الاصل له فكان أولى بالقبول كما في الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فاما الاصل في اخذ المال ان يكون سبباً لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهد للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع في الاصل غير مضمونة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربي أو صار ذمة فقال لدرجل مسلم أخذت منك ألف درهم وأنت حربي في دار الحرب فقال له المقر لا بل أخذته وأنا مستأمن أو ذمى في دار الاسلام والالف قائمة بعينها فالقول قول المقر له ويؤمر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الف فاستهلكتها وأنت حربي في دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمى في دار الاسلام فالقول قول المقر له ويضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئاً (وجه) قول محمد وزفر ان المولى منكرو وجوب الضمان لا ضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهي حالة الخراب والقول قول المنكر (وجه) قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل في النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له الاصل وعلى هذا اذا قال لقلان على الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزناً لا عدداً لان الدراهم في الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار في بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لقلان على الف درهم عدداً يلزمه الف درهم وزناً ولو بلغ ذكر العدد ويقع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو في ديارنا وخراسان والعراق وزن سبعة وهو الذي يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار في هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدرهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لا نصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزناً أقل من وزن بلدة يصدق لانه يكون رجوعاً ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على الأقل منها لان الأقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب في الذمة أو لم يكن والوجوب في أقله لم يكن فتى وقع الشك في ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو سمي زيادة على وزن البلد أو أنقص منه بان قال لقلان على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولاً لا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لا نصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعاً فلا يصح وكذلك اذا قال لقلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم في الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لقلان على الف درهم طبرية يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفاً للدراهم أي دراهم منسوبة الى طبرستان فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لقلان على كرحنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كرحنطة موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لقلان على دينار شامى أو كوفي فعليه ان يعطيه ديناراً واحداً وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما جميعاً مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على القبول كذا ذكر في الكتاب وكان في عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان الوزن فيه وضعية كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعاً وفي الدراهم بخلاف فاما في عرف ديارنا فالعبرة بالوزن فسواء أعطاه ديناراً واحداً أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالاً وكذلك لو قال لقلان على قنبر حنطة فهو بتقير البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا في الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يدخل على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به محمول القدر وانه في الاصل لا يخلو من حد وجهين اما ان يذكر عدداً واحداً واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لقلان على دراهم أو ديناراً لا يصدق في أقل من ثلاثة لان الثلاثة أقل الجمع الصحيح فكان ثابتاً بيقين وفي الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لقلان على درهم

أود ينير فعلية درهم تام ودينار كامل لأن التصغير قديذ كـ لصغر الحجم وقديذ كـ لا سحقر الدرهم واستقلاله وقديذ كـ لنقصان الوزن فلا ينقص عن الوزن بالشك وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على شيء من دراهم أو شيء من الدراهم أن عليه ثلاثة دراهم لأنه أجمل الشيء وفسره بدراهم أي الشيء الذي هو دراهم كما في قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا قول الرجس من الأوثان أي الرجس التي هي أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ونوقال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق في أقل من ستة لأن أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فإذا ضبعنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم أضاعفا مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانية عشر لما بيننا أن الدراهم المضاعفة ستة وأقل الضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم وأضاعفها مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانين لأنه ذكـ عشرة دراهم وضاعف عليها أضاعفا مضاعفة وأقل الضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل التضعيف الأربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير ألف أن عليه ألفين ولو قال غير ألفين عليه أربعة آلاف لأن غير من أسماء الأضافة فيقتضي ما يفارقه لا استحالة المعايرة الشيء نفسه فافتضى الفاتنير ألف الذي عليه فصار معناه لفلان على غير ألف أي غير هذا الألف ألف آخر فكان أقراراً بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ويحتمل أن يكون قوله غير ألف أي مثل ألف لان المعايرة من لوازم المماثلة لا استحالة كون الشيء مماثلاً لنفسه ولهذا قيل في حدها غير أن ينوب كل واحد منهما ما نوب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمعايرة فإذا قال لفلان على غير ألف درهم فكانه قال مثل ألف ومثل الألف ألف مثله فكان أقراراً بألفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير ألفين ولو قال على زهاء ألف أو عظم ألف أو جل ألف فعلية خمسمائة وشئ لأن هذه عبارات عن أكثر هذا القدر في العرف وكذا إذا قال قريب من ألف لأن خمسمائة وشئاً أقرب إلى ألف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق في أقل من مائتي درهم (وجه) قوله ما إن المقر به دراهم كثيرة ومادون المائتين في حد القلة ولهذا لم يعتبر مادونه نصاب الزكاة (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه جعل الكثرة صفة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة ألا ترى أنه إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهماً واثنى عشر درهماً هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثيراً لا يصدق في أقل من مائتي درهم في المشهور وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أن عليه عشرة (وجه) ما روى عنه أنه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع ألا ترى أنه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح (وجه) القول المشهور أن العشرة لا تستعظم في العرف وإنما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفاً فلا يصدق في أقل من ذلك وقيل أن كان الرجل غنياً يقع على ما يستعظم عند الأغنياء وإن كان فقيراً يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعلية ستمائة درهم لأن عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيقع على ثلاثين درهماً ولو قال غصبت فلاناً بلالاً كثيرة فهو على خمس وعشرين لأنه وصف بالكثرة ولا تكثراً إذا بلغت نصاباً تجب الزكاة فيها في جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبي حنيفة رحمه الله البيان إليه وعندهما لا يصدق في أقل من خمسة أوسق بناء على أن النصاب في باب الشر ليس بشرط فعند أبي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة إلى مائتين أو من مائة إلى مائتين فعلية مائة وتسعون وعند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه مائتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون وكذلك إذا قال لفلان على ما بين درهم إلى عشرة أو من درهم إلى عشرة فعلية تسعة دراهم عند أبي حنيفة وعندهما

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الخاططين لفلان لم يدخل الخاططان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهمين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغائبان لا يدخلان وعند أبي حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المقر به ماضر بت به الغاية فلا تدخل الغاية تحت ماضر بت له الغاية وهنا لم يدخل في باب البيع (وجه) قوله انه لما جعلهما غائبين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا ههنا ولو قال لفلان على ما بين كرشعير الى كرحنطة فعليه كرشعير وكرحنطة الاقبيزا على قياس قول أبي حنيفة وعندهما عليه كران ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبي حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو آخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم في خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشيء لا يتكرر في نفسه بالضرب وانما يتكرر باجزائه فخمسة في خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان في تحتمل مع لمناسبة بينهما في معنى الاتصال ولو أقر بتم في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوباً في منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة في اصطبل لا يلزمه الاصطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار بالتمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرفا لا اقرار بشئ في ظرفه لا يكون اقراراً به وبظرفه كالاقرار بدابة في الاصطبل وبنخلة في البستان انه لا يكون اقراراً بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر في قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملقوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ما ان العقار لا يحتمل الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو قال لفلان على ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في عشرة أبواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوباً (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أبواب ظرفاً لثوب واحد وذلك محتمل بان يكون في وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب في منديل أو في ثوب (وجه) قول أبي يوسف ان ما ذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عدداً واحداً مجزئاً فان ذكر عدداً واحداً معلوماً لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائتا مثقال ذهب وفضه أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمي أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عدداً واحداً وأضافه الى عدد من غير بيان حصص كل واحد منهما فتكون حصص كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتي درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني ثلاثة أبواب زطى ويهودى فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهودياً وان شاء جعل يهوديين وزطياً لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطى واليهودى فيكون زطى ويهودى مراداً بيقين فكان البيان في الآخر لانه تعدد اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعني عشرة أبواب هر وية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عدد من فلا يخلو اما أن جمع بين عدد من مجلين وامان أحمل

أحدهما وبين الآخر فان جمع بين عددین مجملین بان قال لفلان على كذا كذا درهمان لا يصدق في أقل من أحد عشر
درهما لانه جمع بين عددین مبهمین وجعلهما اسماء واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر واثني عشر هكذا
الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به ويلزمه أحد عشر درهما
لانه فسر هذا العدد بالدرهم لا بغيرها ولو قال لفلان على كذا وكذا درهمان لا يصدق في أقل من إحدى وعشرين درهما
لانه جمع بين عددین مبهمین بحرف الجمع وجعلهما اسماء واحدا وأقل ذلك إحدى وعشرون وأما اذا جمل أحدهما
وبين الآخر فنحن ان يقول لفلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله في النيف من درهم أو أكثر أو
أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لفلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق في بيان البضع في أقل من ثلاثة
دراهم لان البضع في اللغة اسم لقطعة من العدد وفي عرف اللغة يستعمل في الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف
لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة دراهم ودنانق أو قيراط فالدنانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من
الدراهم كأنه قال لفلان على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة درهم ولو قال مائة ودينار فالمائة
دينار ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله في المائة
(وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول في المبهم قوله
(وجه) الاستحسان ان قوله لفلان على مائة ودرهم أي مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا في عرف الناس الا انه حذف
الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف في الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة
فالمائة من الشاة عليه تعرف الناس ولو قال لفلان على مائة وثوب فعليه ثوب والقول في المائة قوله لان مثل هذا لا
يستعمل في بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيها أجمل عليه وكذلك اذا
قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب
يصلح تفسيرها لهما فجعل تفسيرهما وكذلك روى عن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لفلان على عشرة وعبد ان
عليه عبد والبيان في العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على عشرة ووصيفة ان عليه وصيفة
والبيان في العشرة اليه ولو أقر رجل بالف في مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظري ذلك فان أقر له في مجلس آخر فعليه
ألفان عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد عليه الف واحدة وهو إحدى الر وايتين عن أبي حنيفة رضي
الله عنه أيضا وان أقر له في مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه الف واحدا وأما عند أبي حنيفة ذكر عن الكرخي
ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوي ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبي يوسف ومحمد ان العادة
بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك في مجلس واحد ليفهم
الشهود فلا يحتمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبي حنيفة ان الالف المذكور في الاقرار الثاني غير
الالف المذكور في الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثاني
غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضي الله عنه لن يغلب
عسر يسرين الا ان تركنا هذا الاصل في المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

فصل وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقرار كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما
الشرائط العامة فأنواع العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح
اقرار الصبي العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا في كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار
المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم يوجد وأما الحرية
فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود
والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا يتابع رقبته بالدين بخلاف

المأذون لأن اقراره المأذون إنما صح لكونه من ضرورات التجارة على ما ذكر في كتاب المأذون والمحجور لا يملك التجارة فلا يملك ما هو من ضروراتها إلا أنه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لأنه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لخطئه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذلك يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرضى ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض في الجملة لأن صحة اقرار الصحيح يرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على ما ذكره في موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار لأنه في الاقرار على نفسه غير متهم ومنها أن لا يكون متهما في اقراره لأن التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب في اقراره لأن اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل أن الاقرار شهادة وانها ترد بالثمة وفروع هذه المسائل تأتي في خلال المسائل أن شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المسكر لما ذكرنا في كتاب الاكراه ومنها أن يكون المقر معلوما حتى لو قال رجلان فلان على واحد منا ألف درهم لا يصح لأنه إذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر من المطالبة فلا يكون في هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك إذا قال أحدهما غصب واحدنا وكذلك إذا قال واحدنا زنى أو سرق أو شرب أو قذف لأن من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن إقامة الحد وأما الذي يخص بعض الاقرار يردون البعض فمعرفة مبنية على معرفة أنواع المقر به فنقول ولا قوة الا بالله تعالى أن المقر به في الأصل نوعان أحدهما حق الله تعالى عز شأنه والثاني حق العبد أما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما أن يكون خالصا لله تعالى وهو حذر الزنا والسرقة والشرب والثاني أن يكون للعبد فيه حق وهو حذر القذف ولصحة الاقرار بها شرائط ذكرناها في كتاب الحدود

فصل وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعنق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى أن الآخرس إذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف أنه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذي اعتقل لسانه لأن الآخرس إشارة معهودة فإذا أتى بها يحصل العلم بالمشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولأن إقامة الإشارة مقام العبارة أمر ضروري والحرس ضرورة لأنه أصلي (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال بخلاف الحدود لأنه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا أن مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف القصاص فإنه غير مبني على صريح البيان فإنه إذا أقر مطلقا عن صفة التعميد بذكر آلة دالة عليه وهي السيف ونحوه يستوفي بمثله القصاص وكذلك لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحيح حتى يصح اقرار السكران لأنه يصدق في حق المقر له أنه غير صاحي أولانه ينزل عقله قائما في حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحي مع زواله حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذي يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو أن يكون معلوما موجودا كان أو محلا حتى لو كان مجهولا بأن قال لواحد من الناس على أولي يد على ألف درهم لا يصح لأنه لا يملك أحد مطالبة فلا يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بأن قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لفلان على ألف درهم فان بين جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بأن قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فورثه صح الاقرار لأن الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقا في اقراره فيصح وإن أجل الاقرار لا يصح عند أبي يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول محمد أن اقراره العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهي ما ذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار بالمبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والعصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار من وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضاً لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له به مالك الجارية والشاة فاقرب به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولاً بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت شأداً المديون صحيحاً فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي يتعين فيها ويتحول من الذمة اليها لانه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان التعلق ثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفتقران فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول والله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (أما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازه الباقيين عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روي عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالوا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً ولانه ممتهم في هذا الاقرار لجواز انه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان ممتهم في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض اطلاً لحق الباقيين فلا يصح في حتمهم ولان الوصية لم تجز لوارث فالأقرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار واختيار اللاتار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالأقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الأولى ويصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع من عدمه في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحساناً والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا يملك التسرع بما زاد على الثلث لكن آثار كذا القياس بالاثار وهو ما روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعاً ولانه في الاقرار للاجنبي غير ممتهم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال لان عدم تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بدين لاجنبي بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لما رخص تعلق حق الورثة أو للتهمة وكل ذلك ههنا منعدم ويستوى فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بدين لاجنبي بدين جاز عليه كله متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ من المرض مع امتداده بتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور رفيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشيء الذي في يده وديعة لقلان فهما دينان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لا اقراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالأقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو أقر بالوديعة أولا ثم أقر بالدين فالأقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلا للتعلق لغير وجهها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو أقر المريض بماله في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فاما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظري ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره تقدم الدين الظاهر لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولا من التركة فافضل بصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجهه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويان في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا لظهور الحق لرجحان جانب الصديق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصديق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فان الصديق فيها أغلب فكان أولى بالقبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشئ من ماله لا ينفذ تبرعه ولو لا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم التراخي الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولا نه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهمافي هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبعضه على المعروف والصلية في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد به تحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهمافي حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالثمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعينه في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره (فأما) اذا كان بان كان بدلا عن مال ملكه كبذل القرض وثمن المبيع أو بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعا على دين المرض لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لم يحتتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لا يثبتهم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة محاصصة بهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهرا معلوما لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة يحققة ان النكاح اذا لم يحز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمرضى غير مجبور عن صرف ماله الى حوائج الاصلية كشم النكاح والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشاركه فيه الباقيون لما بينا ان الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقيين الا ان يقر لرجلين بدين واحد فاقبض أحدهما منه شيئا كان لصاحبه أن يشار كفيه لانه قضى دينهما مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شار كالباقون في المقبوض لان المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق على السواء فكان في ايثار البعض ابطال حق الباقيين الا ان يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بان استقرض في مرضه أو اشترى شيئاً بمثل قيمته وكان ذلك ظاهراً معلوماً فله أن يقضى القرض وينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء في المقبوض والمنقود لان الايثار في هذه الصورة ليس ابطالا لحق الباقيين لان حقوقهم متعلقة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدلها لان الشئ يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك ابطالا معني ولو تزوج امرأة أو استأجر أجيراً فنقدهما المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء يتبعونهما ويخاصمونهم بما بديونهم وكانوا اسوة الغرماء لان التسليم أعني جعل المنقود سائماً لهما ابطال حق الغرماء صورة ومعنى لان المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لم يستواء في القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث لان الميراث حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصي بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا وإذا اجتمعت الديون فالغرماء يقسمون التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شئ من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالحصص ويجعل التاوى كانه لم يكن أصلاً لان حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فيحل تعلق الحق هو المال لان الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متر وك هو مال من العين والدين ودية المديون وارث الجنائيات الواجبة له بالجنابة عليه خطأ أو عمد الا ان كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقيين ما لا يتعلق حق الغرماء به ويقضى منه ديونهم لانه بدل تقس المقتول فكان حقه فيصرف الى ديونه كسائر أمواله المتر وكه وكذلك المديون اذا كانت امرأته تتعلق حق الغرماء بمهرها ويقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الاقارب وتقاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحرف هو الحكم في اقرار العبد المأذون لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا في كتاب المأذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سواء ولو تصرف المأذون في مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحابة الحر المريض لا تجوز الا من الثلث (ووجه) الفرق ان انحجار الحر عن المحابة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبهه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وجازي انه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحابة فيما بقي من المال وان كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري ان شئت فاد جميع المحابة والا فارد المبيع كالحر المريض اذا حاجب وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما اقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث واما ان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي فاما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة واما ان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة يصح ويصدق في اقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلاً لعماله ليس بمال نحو ارض جنابة أو بدل صلح عن عمداً أو كان بدلاً لعماهو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء يمكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما اذا وجب بدلاً لعماهو مال فلان المريض

بهذا الاقرار لم يطل حق الغرماء لان المدينون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايقاف الدين بالتخلى بين المال وبين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره في حجر المريض عما كان له في حجره عما كان حقاً مستحقاً عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له في حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجوراً عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجوراً عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما لا فبا عليه فهنا أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح ويرأى المكاتب لما قلنا هذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق في حق غرماء الصحة ويجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه لا مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل المبدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام المبدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للمبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء في حقهم فبقى اقرار بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى ديناً من غيره يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقراراً بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح في حق غرماء الصحة وكذلك لو أتلّف رجل على المريض شيئاً في مرضه فآقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق في ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقاً بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالمبدل ولو أتلّف في حالة الصحة فآقر في حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة في حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بالمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه بالمرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالمبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له في حال الصحة سواء وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبداً في مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البينة على ذلك فلم يرضه نصف القيمة فأقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدراً كإرش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهماً عند أبي يوسف رحمه الله فينقص عشرة عن عشرة آلاف لثلاثا يبلغ دية الحر وينقص الدرهم الحادي عشر لثلاثا تبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدراً فكان بدلا عما ليس بمال كإرش الحرف فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجاني قتل العبد متعمداً فصالحه المريض على مال ثم أقر انه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقاً لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

فصل وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى ديناً في ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقراراً بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هذا اذا تزوج امرأة فاقرت في مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها ويؤمر الزوج بردها الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالخصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو أقرت في مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثاً فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقراراً بالدين للوارث فصح وليس

لزوجان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر مني وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر ديناً على ما اقرت مع غرمائها بالاستيفاء انما يصح في حق براءة الزوج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في ما لها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للزوج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها اقرت باستيفاء المهر ثم طلقها طلاقاً بائناً أو رجعيائهم ماتت بعد انقضاء العدة فكذلك الجواب لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) في الطلاق الرجعي فلان الزوج وجبة باقية والو رائة قائمة (وأما) في البائن فلان العدة باقية وكانت ممنوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائماً من وجه فلا يزول المنع مادام المانع قائماً من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلاق بائناً او اذالم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي أصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا يقولون ان هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحاً في حق التقديم على الو رثة في جميع ما اقرت (وأصل) المسئلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالهم بقرائها بما لا يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما اقر لها به فهما يعتبران ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقرها بأكثر من نصيبها فكان متهماً فيما زاد على ميراثها في حق سائر الو رثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون في حالة المرض في الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحرة لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كالحر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض بالبراءة بان اقر المريض انه كان ابرأ فلان من الدين الذي عليه في محنته لا يجوز لانه لا يملك انشاء الراء للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارثه ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فلاخبار عن كائن يكون كذباً محضاً وبيانه ان من اقر بغلام انه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابناً له فكان كذباً في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف بالنسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعاً لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير بالتهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق بظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان حرمان الارث أسباباً لا تقدر في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقراره لا نسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الابحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر والدين والولد والزوج والمولى ويجوز اقرار المرأة بأربعة نفر والدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك لا قرار بالزوجة ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصبح تصديق المرأة سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجة فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجة من المرأة فصدقها الزوج بعدموتها لا يصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح (وجه) قولهما ما ذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجة وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاقرار بالولد فلانه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسواء وجدته في حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا لا الولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء من العم والاخت لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ما ذكرنا الا بشرط حمل النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلا ويصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا ويكون ميراثه له لان تصرف الماقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن في حق ثبات النسب فقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيدا لا يصح اقراره أصلا ولا شيء له في الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فميراثه لعمته أو لخالته ولا شيء للمقر له لانهم وارثان يبقين فكان حقهما ثابتا يبقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ وابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شيء للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام الرجوع حقيقة فبقى العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبتة ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثالث للموصى له والباقي للمقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة أيضا فلموصى له الثالث والباقي للمولى ولا شيء للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوى الارحام فاضعف الولاءين لما منع صحة الاقرار بالذكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ في مرض الموت وصدقته المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد الانكار بماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية في الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمال أصلا فالمال لبيت المال لبطان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين أحدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث أما الاول فالأول فله لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابنا فاقرب باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت به أخذ

السكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعداً أثبت النسب بأقرارهم بالاجماع (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة (وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعداً لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان أقر الابن المعروف باخ وحكمه انه يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جائز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان أعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع فعلى ذلك ههنا جائز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر باسرة انها زوجة أبيه فلها ثمن ما في يده ولو أقر بمجدة هي أم الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر فيما في يده يعامل معاملة المأثبات بالنسب ولو أقر ابن الميت بابن ابن للميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يقيم البيينة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات وراثته المقر له واختلفا في وراثته المقر فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثته المقر له وكذلك لو أقر بابنة للميت وصدقه لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأة بزوج زوجها للميت وصدقه الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجة بالبيينة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما على قدر مواريهما ولو أقر زوج المرأة الميتة باخ لها وصدقه الاخ ولكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى والمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة الاولى ولا في حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (وجهه) ان النكاح ينتفع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يسمع الابيئة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فآقر أحدهما باخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا أقر اجمعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين فيدفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند أبي ليلى أنثلاثا ثلثا للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة أنثلاث وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقر ان حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو النصف التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الاخ الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته لذكر مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة انها زوجة أبيها فان صدقه الاخ الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليها فتصحح المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما الكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع ما في يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند أبي ليلى رحمه الله ثمانين ما في يده (وجه) قوله في ان زعم المقر

للرأة ثمن ما في يدي الاخوين الا أن اقراره صح فيما في يده نفسه ولم يصح في حق صاحبه وإذا صح في حق نفسه يعطى
 ثمن ما في يده (وجه) قول العامة ان في زعم المقر ان ثمن التركة لها وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة
 وقسمتها ما ذكرنا الا أن الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما في يده كالهالك ويقسم النصف الذي في يد المقر
 بينه وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له وإذا
 جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ
 المقر هذا إذا أقر الوارث بوارث واحد فاما إذا أقر بوارث بعد ووارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فلا يصل في
 هذا الاقرار انه ان صدق المقر بوراثته الاول في اقراره بالوراثه الثاني فالمال بينهم على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه
 فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضى لا يضمن ويجعل ذلك كالهالك ويقسمان على ما في يد المقر على قدر
 حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضى يضمن ويجعل المدفوع كالتأم في يده فيعطى الثاني حقه من كل المال بيان
 هذه الجملة فيمن هلك وترك ابناً فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة
 صحيح في حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعد ما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع
 الى الاول نصيبه فان أقر به بعد ما دفع الى الاول نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضى فلثاني ربع المال ويسقى في يد
 المقر ربع لان ربع في القضاء في حكم الهالك لكونه مجبوراً في الدفع فيكون الباقي بينهما نصفان لان في زعم المقر
 أن الثاني يساويه في استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان
 لم يدفع الى الاول شيئاً لأن نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصرف وان كان دفع اليه بغير قضاء
 القاضى أعطى الثاني ثلث جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالتأم في دفع ثلث جميع
 المال اليه ويسقى في يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثاني بعد قضاء القاضى ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث في الاقرار
 بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال تأم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون
 على الدافع في أخذ السدس الذي في يد المقر ونصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضى لم يصح
 في حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذي في يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما
 بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتركو في الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف
 المال بينهم أثلاث لان اقراره بالوراثه في حقه وفي حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح في حق الابن المعروف
 وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقي بينهم أثلاثاً وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما في يده وهو ربع
 جميع المال اليه بقضاء القاضى كان الباقي بينه وبين الثاني نصفين لان الدفع بقضاء القاضى في حكم الهالك فكان
 الباقي بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى فان كان المقر يعطى الثاني مما في يده
 وهو ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك ربع كالتأم ولو أقر
 أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخ لاولى فنصف المال للاخ
 المنكر والنصف بين الاخ المقر وبين الاخنتين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبه فان كان دفع اليها نصيبها وهو
 ثلث النصف وذلك سدس النكل بقضاء الباقي بين المقر وبين الاخ لاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر
 ان المدفوع بغير قضاء في حكم الهالك فلا يكون مضموناً على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطى
 للاخت الاخرى مما في يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم في يده وقد أقر
 باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة الثمن كذلك ههنا يعطى الاخت الاخرى مما في يده
 نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أحدهما بامرأة لا يسه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معاً
 فذلك التسعان لهما جميعاً وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثم

في

في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا وروى ان ما عزم المارجم بعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خليم سبيله وهذا يستحب للامام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها أو قبلتم كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عزم أو كما لقن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق أو أسرقت قولي لا لولم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لانه أمر نابه بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لان الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا أن في السرقة يصح الرجوع في حق القطع لا في حق المال لان القطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون منهما في الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الجنائيات

الجنابة في الاصل نوعان جنابة على البهائم والجمادات وجنابة على الآدمي (أما) الجنابة على البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما في كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجنابة على الآدمي خاصة فنقول والله تعالى التوفيق الجنابة على الآدمي في الاصل أنواع ثلاثة جنابة على النفس مطلقا وجنابة على مادون النفس مطلقا وجنابة على ماهوثة من وجهه دون وجهه (أما) الجنابة على النفس مطلقا فهي قتل المولود والكلام في القتل في مواضع في بيان أنواع القتل وفي بيان صفة كل نوع وفي بيان حكم كل نوع منه (أما) الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو في معنى القتل الخطأ (أما) الذي هو عمد محض فهو ان يقصد القتل بمحديله حديد او طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفا والابرة وما اشبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروعة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة من النحاس وكذلك القتل بمحديله كالعود وصنجة الميزان وظهر القأس والمرو ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية (وروى) الطحاوي عن أبي حنيفة رضي الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة بالحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديد أو كان أو غيره وكذلك اذا كان في معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فتلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمه ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضرب بتين ولم يوال في الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوالى في الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بخلاف بين أئمة بنار حرمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك ما ليس بجراح ولا طاعن كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما والشافعي هو عمد ولا يكون في مادون النفس شبه عمد ما كان شبه عمد في النفس فهو عمد في مادون النفس لان مادون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة فاستوت الآلات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضاً فينظر ان أمكن إيجاب القصاص بحجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فخطأ قد يكون في نفس الفعل وقد يكون في ظن الفاعل أما الاول فنحن وان يقصد ضياداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلاً فيصيب غيره فان قصد عضواً من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ وأما الثاني فنحن وان يرى الى انسان على ظن انه حربي أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذي هو في معنى الخطأ فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوقع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيلاً لا يعلم قاتله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام في القصاص في مواضع في بيان شرائط وجوب القصاص وفي بيان كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه وفي بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه (أما) الاول فلو وجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى القاتل وبعضها يرجع الى المقتول وبعضها يرجع الى نفس القتل وبعضها يرجع الى ولي القتل أما الذي يرجع الى القاتل فخمسة أحدها ان يكون عاقلاً والثاني ان يكون بالغاً فان كان مجنوناً أو صبيّاً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحد ودأماً ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث ان يكون متممداً في القتل فاصداً إياه فانه كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبي العمد قود أي القتل العمد يوجب القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية والجناية لا تنهاى الا بالعمد والرابع ان يكون القتل منه عمد المحض ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقاً بقول النبي العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا يكال مع شبهة العدم ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصده القتل عادة بل التأديب والتعذيب فتمكنت في القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضي الله عنهم في الموالاة في الضربات انها لا توجب القصاص خلافاً للشافعي (وجه) قوله ان الموالاة في الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة لانه لا يوجب القود بالضرورة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً فثبت بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه في القتل بالمثل انه لا يوجب القود خلافاً لهما والشافعي رحمه الله (وجه) قولهم ان الضرب بالمثل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمداً محضاً ولا في حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على حسب اختلاف الرايتين عنه أحدهما ان القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فخصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دالة لعدم القصد فيمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بمحيد لا حد له لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمداً وهذا على قياس ظاهر الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يمكن القصور في هذا القتل لوجود فساد الباطن دون الظاهر وهو نقض التركيب وفي الاستيفاء فساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق الماثلة وعلى هذا الخلاف اذا خنق رجلاً فقتله أو غرقه بالماء أو ألغاه من جبل أو سطع فمات انه لا قصاص فيه عند أبي حنيفة وعندهما يجب ولو طين على أحد يتيماً حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين الذي عليه تسبب لاهلاكه لانه لا بقاء للأدنى الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلاكه فاشبهه حفر البر على قارعة الطريق ولا في حنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسيباً ولو أطمع غيره سافات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذي أطعمه لانه أكله باختياره لكنه يعزرو بضرب ويؤدب لانه ارتكب جناية ليس لها حدم قدروهي الغرور فان أوجره اسم فعليه الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليه القصاص ولو غرق انساناً فمات أو صاب على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعند القود والخامس ان يكون القاتل مختاراً اختياراً لا يثار عند أصحابنا الثلاثة رحمه الله وعند زفر والشافعي رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المسكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافاً لهما والمسئلة مرت في كتاب الاكراه وأما الذي يرجع الى المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجذاب الاب أو أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت ولدها والاصل فيه ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والدان علا وكل ولدان سفل ولو كان في ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقيين لانه لا يتجزأ أو تجب الدية للكل ويقتل الولد بالولد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبق الولد اذا خلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد لان الوالد يجب ولده ولده لنفسه بوصول النفع اليه من جهته أو يحبه حياة الذكر لما يحبي به ذكره وفيه أيضاً زيادة شفقة تمنع والد عن قتله فاما الولد فاما يجب والده لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن عيبته وشفتته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما في الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى أملاكه لا سيما اذا كان لا يحصل النفع اليه من جهته لموارض ومثل هذا يندرج في جانب الاب والثاني ان لا يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعبده فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزئ وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمسكاتب اذا قتل عبداً آمن كسبه لان للمسكاتب شبهة الملك في أكسابه والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدره وأم ولده ومسكاتبه لانهم مملوكه حقيقة ألا ترى انه لو قال كل مملوك لي فهو حر عتق هؤلاء الا المسكاتب فانه لا يعتق الا بالية لقصور في الاضافة اليه بالملك والملك اليدوي يقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وأم الولد والمسكاتب لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفقة المولى على ماله تمنعه عن القتل عند سيحان العداوة الحامل على القتل الا نادراً فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما من يجب القصاص عليه لو انفردوا والاخر لا يجب عليه لو انفرد من ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون مع العاقل والخطأى مع العامد والاب مع الاجنبي والمولى مع الاجنبي لا قصاص عليهما عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبي الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شارك الخطأى (وجه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمدا لانه امتنع الوجوب على أحدهما المعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً في القتل فيكون فعل الآخر فضلاً ويحتمل على القلب وهذه الشبهة ثابتة في الشر يكتفي الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحال باب القصاص وسد أبواب المدوان لان الاجتماع ثم يكون أغلب وههنا ندر فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعليهم ما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ثم ما يجب على الصبي والجنون والخطي فتجمله العاقلة وما يجب على البالغ والعاقل والعاقد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقطت القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجني الدية في ماله لان القتل عمد وفي المولى مع الاجني على الاجني نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه اجني فأت لا قصاص على الاجني عندنا خلا للشافعي وعلى الاجني نصف الدية لانه مات بجر حين أحدهما هدر والا خر معتبر وعلى هذا مسائل تأتي في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكفر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلاً ورأساً ولا بالحر في المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لتعبد الاقامة بل لعرض حاجة يدفعهم يعود الى وطنه الاصل فكانت في عصمته شبهة العمد وروى عن أبي يوسف انه يقتل به قصاصاً لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سميعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقتصدون أموالنا وأنفسنا ويستحلونها وقد قال عليه الصلاة والسلام قاتل دون نفسك وقال عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل أيضاً عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل لان المتول معصوم مطلقاً (ولنا) انه غير معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتأويل وتأويله وان كان فاسداً لكن له منعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى عن الزهري انه قال وقت الفتنة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لا خرافتي فقتله انه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتل الاباحة بحال ألا ترى انه يأثم بالقول فكان الامر ملحقاً بعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف تحتل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الا في بعضها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العمد لان الامر وان لم يصبح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم اللمعة واذ لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر القدوري رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وينبغي ان يكون الاصح هي الاولى لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقطت القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لاشيء عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بهم امساك الاموال وعصمة الاموال تثبت حقه فكانت محتلة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالي فأتلفه ولو قال اقتل عبي أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه لان عبيد ماله وعصمة ماله ثبتت حقه فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخى فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أستحسن ان أخذ الدية من القاتل (وجه) القياس ان الاخ الا امر اجني عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالحق بعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل جصل باذنه والاذن ان لم يعمل شره لكانه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فيمن أمر انسان ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو أمره ان يشجه فشجه فلا شيء عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفواً عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمراً بالقتل ولما مات تبين ان القتل وقع قتلاً من حين وجوده لا شجاً وكان

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلهما فينبغي ان لا يكون عليه شيء لان الفوعن الشجة يكون عفواً عن القتل عندهما فكذلك الامر بالشجة يكون أمراً بالقتل وروى ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فيمن أمر انساناً بان يقطع يده ففعل فمات من ذلك انه لاشيء على قاطعه ويحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالوا فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات انه لاشيء عليه فاما على قول أبي حنيفة رحمه الله فينبغي ان تجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلاً والمأمور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الحرابي اذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أو رث شبهة في عصمته ولانه اذا لم يهاجر اليها فهو مكثرسواد الكفرة ومن كثرسواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً وتجب الدية والكفارة في التاجرين وفي الأسيرين خلاف ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بقطع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعامل بالمجنون والبالغ بالصبي والذكر بالأنثى والحر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يؤدي الجزية وتجبري عليه أحكام الاسلام وقال الشافعي رحمه الله كون المقتول مثل القاتل في شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصاً وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتجج في عدم قتل المسلم بالذمي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص في الباب ولان في عصمته شبهة العدم لثبوتها مع القيام المنافي وهو الكفر لانه مبيح في الاصل لكونه جنائياً متناهية في وجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن فكذلك الذمي ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر ألا ترى أن المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فاني يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلّت عظمته ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً من غير فصل بين قتل وقيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى لي عزم من قاتل ولكم في القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب عليه قتله لفرمانه فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان في شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى محمد بن الحسن رحمهما الله بأسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أقاد مؤمناً بكافر وقال عليه الصلاة والسلام أنا أحق من وفي ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهده في عهده عطف قوله ولا ذو عهده في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهده ونحن به نقول أو نحمله على هذا توافقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله في عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحاً وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة في الدين ليس بشرط ألا ترى أن الذمي اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما في الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر نعمته كان أولى بهذه المحنة لأن العذر له في ارتكاب الحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى في حقه أكل فكانت جنايته أعظم واحتيج في قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب في صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولأنه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمي من كل وجه والعبد آدمي من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون له الكمال والثاني أن في عصمة العبد شبهة العدم لأن الرق أثر الكفر والكفر مبيح في الأصل فكان في عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فاني يستويان في العصمة وكذلك المساواة بينهما في الفضيلة والكمال لأن الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية نبى عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولأن ما شرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل إلا بإيجاب القصاص على الحر بقتل العبد لأن حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفاً على نفسه فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ والمقرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له في الآية لأن فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا يخفى أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً لأن التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام بالبكر جلد مائة وتغريب عام والتيب بالتيب جلد مائة ورجم بالجارية ثم البكر إذا زنى بالتيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس في ذلك شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والاسي باله كرونون التنصيص على الحكم في نوع موجباً لتخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله تعالى والاني الاتي حجة عليه كما قال الاتي بالاني مطلقاً فيقتضى أن تقتل الحر بالامة وعند كمال تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمي من وجه مال من وجه قلنا بل آدمي من كل وجه لأن آدمي اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد في الجناية له لا لمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحديد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد في الجناية له لا لمولوى كنفس الحر للحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم اعتق القاتل يقتل به قصاصاً وإن استفاد فضل الحرية وكذلك الذكرو يقتل بالانثى وإن كان الذكراً أفضل من الانثى وكذا لا تشترط المماثلة في العدد في القصاص في النفس وإنما تشترط في الفعل بمقالة الفعل زجراً وفي القاتل بالفعل جبراً حتى لو قتل جماعة واحداً يقتلون به قصاصاً وإن لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة في الفعل والقاتل به زجراً وجبراً على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسداد باب القصاص إذ كل من رام قتل غيره استعان بغير يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تقوية ما شرع له القصاص وهو الحياة هذا إذا كان القتل على الاجتماع فأما إذا كان على التعاقب بأن شق رجل بطنه ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحازان كان عمداً وإن كان خطأ فالدية على ما قلناه لأنه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يحاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة وعلى الشاق ارض الشق وهو ثلث الدية لأنه جائفة وإن كان الشق نفذ من الجانب الآخر فعليه ثلثا الدية في سنتين في كل سنة ثلث الدية لانهما جائفتان هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الاغمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لأنه القاتل ولا ضمان على الحاز لأنه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزى لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مشخنة لا يعيش

معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لا يتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة فان كانت الجراحات معاً فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب منع القودشي من المال عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقي من تركته وان قتلهم معا فله فيه قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقي وفي قول يجمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسيم ديات الباقي بينهم (وجه) قوله أن المائلة مشروطة في باب القصاص ولا مائلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقي كالمقطع واحد يمضي رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع باحدهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغي أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا اناعر فنادك باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره لتحقيق الزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندرفلم يكن في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء في القتل مقدور الاستيفاء لهم فلما أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن الثايل في باب القصاص اما ان يراعى في الفعل زجرا أو اما ان يراعى في القاتل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجودهنا أما في الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر في فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجنابة وأما في القاتل جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلماً انعد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلباً للثأر وتشفيماً للصدر فيقصدون قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع الحاربة بين القبيلتين ومضى قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة وان دفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قاتل معنى بقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قاتل تقدير ابدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما في قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوي القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئر على قارعة الطريق فوق وقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل سببا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أوجاء المشهود بقتله حيا أنه لا قصاص عليهم عندنا خلا للشافعي رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة في ظهور القصاص والظهور مؤثر في وجوب القضاء على القاضي وقضاء القاضي مؤثر في ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة في الاستيفاء طبعاً وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة في حق وجوب القصاص كالا كراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكروه وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوع قتلا بطريق التسبيب كذا هذا (ولنا) ما ذكرنا أن القتل تسبيبا لا يساوي القتل مباشرة لان القتل تسبيبا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يحمل المكروه الى المكروه كانه أخذ وضربه على المكروه على قتله والفعل لم يستعمل الآلة لئلا لا يكون قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولي اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول في ملك بدله ان لم يقوموا مقامه في ملك

عينه فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منه فوات في يد الغاصب الثاني أن الأول أن يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولا يحنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم في البدل بخلاف المدبر لأنه محتمل للتملك لكونه قاتلاً إلا أنه امتنع بثبوت الملك فيه لمعارض وهو التدبير فيثبت في بدله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يرجع الى ولي القاتل فواحد أيضاً وهو أن يكون الولي معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب القصاص لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له وعلى هذا يخرج ما إذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحراراً غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لأن المولى مشتبّه به يحتمل أن يكون هو الوارث ويحتمل أن يكون هو المولى لا اختلاف الصحابة الكرام رضي الله عنهم في موته حرّاً أو عبداً فإن مات حرّاً كان وليه الوارث وإن مات عبداً كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولي معلوماً فامتنع الوجوب وإن اجتمع ليس لهما أن يستوفيا لأن الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا إذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما إذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عند ما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلاً وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً وجه قول محمد أنه وقع الاشتباه في سبب ثبوت الولاية لأنه إن مات حرّاً كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وإن مات عبداً كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوق الاشتباه في ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبّه به لأن الاشتباه موجب المزاحمة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لأن الولي معلوم وهو المولى لأنه يموت رقيقاً بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن إذا قتل وكذلك المدبر والمديرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد القن لأنهم قتلوا على ملك المولى فكان الولي معلوماً ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لأن المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضاً فيه نوع ملك فاشتباه الولي فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما إذا قطع رجل يد عبداً فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك أنه إن كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباهاً بولي القصاص لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً الى القطع السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتباه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لأن الاشتباه لا يزول باجتماعهما فارق بين هذا وبين العبد الموصى بربيته لأنسان وبخدمته لا آخر قتل واجتماعاً أنه يجب القصاص لأن هناك لم يشتبّه الولي لأن لصاحب الرقبة ملكاً ولصاحب الخدمة حقاً يشبه الملك فلم يشتبّه الولي وهنا اشتبه الولي لأن وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولي مشتبّها فامتنع الوجوب وإن لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاق الذي ذكرنا أن على قولهما للمولى أن يستوفي القصاص لأن الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباهاً بسبب الولاية لأن الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك وبعد الموت له ولاية العتاقة فاشتباه بسبب الولاية هذا إذا كان القطع عمداً فاما إذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه أياه بمنزلة برئه في اليد لتبدل المحل حكماً بالاعتاق فتقطع آية السراية هذا إذا أعتقه المولى بعد القطع عمداً أو خطأ فوات من ذلك فاما إذا لم يعتقه ولكن دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فإن كان القطع عمداً فللمولى القصاص لأن الحق له وقت القطع والموت جميعاً فلم يشتبّه الولي وإن كان خطأً لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليد ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه والمسألة بحالها فإن كان القطع عمداً ينظر إن مات عاجزاً فللمولى القصاص لأنه مات عبداً وإن مات عن وفاء فإن كان له وارث يجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباهاً بولي وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد ليس له أن يقتص وعليه ارش اليد وإن كان القطع خطأً لا شيء على القاطع إلا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها ففات فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فلمولى ان يقتص
لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه في الميراث فلا قصاص لا شتبا
المولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى
لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حراً والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عينا حتى لا يملك المولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه
ولومات القاتل أو عفا المولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعي رحمه الله قولان في قول القصاص ليس
بواجب عينا بل الواجب احد الشيئين غير عين (أما) القصاص (وأما) الدية وللمولى خيار التعيين ان شاء استوفى
القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل بتعين المال واجبا فاذا عفا المولى
سقط الموجب أصلا وفي قول القصاص واجب عينا لكن للمولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان
يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء
اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أو يجب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى المولى مطلقا عن شرط الرضا
لان اداء الدية صيانة للنفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جسد شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان
ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها احقاقه وحق العبد ما ينتفع به والمقتول
لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغي أن لا يشرع القصاص أصلا
الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضما نأزاجرا كان ينبغي أن
يجمع بينهما كما في شرب خمر الذى الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية قال الله تبارك
وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل في الا بدال فتؤدى الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز غير
بينهما (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وهذا يفيد تعيين القصاص موجبا ويبطل
مذهب الابهام جميعا أما الابهام فلا نه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه
أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بأنه واجب (وأما) التعيين فلا نه اذا وجب القصاص على الاشارة اليه
بطل القول بوجوب الدية بضر ورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان
القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا
من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا
وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وجه الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان
العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثانى مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول ويسد
مسده ومثل الشئ غيره الذى ينوب منابه ويسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون
مثاله فلا يصلح ضما نال للقتل العمد وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب فى قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على
الخطأ نظرا لانه اذا خطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى
ضما ناً أصليا فى الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فن عفى له من أخيه شئ هو المولى
لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفوله ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف
فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحد ابل هو المتبوع وانما المتبوع هو المولى فكان هو
الداخل تحت كلمة فن فكان معنى الآية الكريمة فن بذل له واعطى له من أخيه شئ بطريق الفضل والسهولة فليتبع
بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لانه قال الله سبحانه وتعالى ويستلونك ماذا ينفقون قل العفو
أى الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفوا أى فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريعة نزلت في الصلح عن دم العمد وقيل نزلت في دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عني له من اخيه شيء وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أوقع الاحتمال في المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله في دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير آثماً بالامتناع لان يملك الولي أخذه من غير رضاه كن أصابته بخمسة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتريه دفعاً للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه ويأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياء ما كفاه ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله تعالى اعلم

فصل واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حراً واما أن يكون عبداً فان كان حراً لا يخلو اما أن يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمتحقق للقصاص هو الوارث كالمتحقق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحداً استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالل مال الموروث عنه وجه قولهما في تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب الجنابة وانها وردت على المقتول فكان موجباً حقاً له الا انه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه ويكون مشتركاً بينهم ولهذا تجزى فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما تجزى في المال وهذا آية الشركة ولا في حنيفة رضى الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت ويحصل للورثة فكان حقاً لهم ابتداء والدليل على أنه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزأ والشركة فيها لا يتجزأ بحال اذا الشركة المعقولة هي ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشرى الارض والدار وذلك فيما لا يتبع محال والاصل ان ما لا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم ثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمداً وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف في ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لا بهما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبي حنيفة لما كان القصاص حقاً ثابتاً للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبياً عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصماً عن الميت في الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقاً موروثاً على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه في استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من أحاد الورثة خصم عن الميت في حقوقه كما في الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما في المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعياً على الحاضر بطلان حقه فكان خصماً له ويقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضياً عليه تبعاً له والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصماً عن غيره في إقامة البينة اما لا ينتصب خصماً عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس له ذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبي حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقاً ثابتاً للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لا استقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم وعدم تجزئه في نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقاً مشتركاً بين الكل فاحد الشرى يكون لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضا شريكه اظهاراً لعصمة المحل وتجراً عن الضرر والصحيح أصل أبي حنيفة

رضي الله عنه لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة في غير المتجزى محال وإنما تثبت الشركة إذا انقلب مالا لأن المال محل قابل للشركة على أن أباحنيفة أن سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لأنه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير في نصيبه بطريق الاصل وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص إذا كان بين إنسان وابنه الصغير والجماع بينهما حاجتهما إلى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلي الأب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولا يبي حنيفة رحمه الله إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى انه لما جرح ابن ملجم لعنه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن رضي الله عنه ان شئت فاقتله وان شئت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله سيدنا الحسن رضي الله عنه وكان في ورثة سيدنا علي رضي الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا علي رضي الله عنه والثاني بفعل سيدنا الحسن رضي الله عنه (أما) الأول فلأنه خير سيدنا الحسن رضي الله عنه حيث قال ان شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغير (وأما) الثاني فلأن الحسن رضي الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغير وكل ذلك بمحض من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما أحد فيكون إجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو المولى العتاقة آخر العصبات ثم ان كان واحداً استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضاً فلا قصاص لأن المولى مشتبه لاشتباه سبب الولاية فالسبب في حق الوارث هو القرابة وفي حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتباه المولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى المولاة لأنه آخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى المولاة كالقبط وغيره فالمستحق هو السلطان في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستحقه اذا كان المقتول في دار الاسلام والحجج تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان كان المقتول عبداً فالمستحق هو المولى لأن الحق قد ثبت وأقرب الناس إلى العبد مولاة ثم ان كان المولى واحداً استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق في حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما بيان من يلي استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص تثبت باسباب منها الورثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحداً (وأما) ان كانوا جماعة فان كان واحداً لا يخلو اما ان كان كبيراً واما ان كان صغيراً فان كان كبيراً فله ان يستوفي القصاص لقوله نبارك وتعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولييه سلطاناً ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال وهو الورثة من غير مزاحمة وان كان صغيراً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضي وان كانوا جماعة فان كان الكل كباراً فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قتل أحدهم صار القصاص مستوفى لأن القصاص ان كان حق الميت فلكل واحد من آحاد الورثة خصصا في استيفاء حق الميت كما في المال وإذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم الا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لأن فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو ومن الغائب إلى هذا أشار محمد رحمه الله فقال لا ادري لعل الغائب عفا وكذا اذا كان الكل حضوراً لا يجوز لهم ولا لأحدهم أن يوكل في استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولا في اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العتوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم (فاما) الاستيفاء بالوكيل فجاز اذا كان الموكل حاضر على ما ذكر وان كان فيهم صغير وكبير فان كان الكبير هو الأب بان كان القصاص مشتركاً بين الأب وابنه الصغير فلا بد أن يستوفي بالاجماع لأنه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فهنا أولى وان كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فلل كبير أن يستوفي قبل بلوغ الصغير عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع إلى أصل ذكرناه بدلالة فيما تقدم ومنها الأبو فللاب والجد أن يستوفي قصاصا واجب للصغير في النفس وفيما دون النفس لأن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية النكاح فتثبت لمن كان مختصا بكال النظر والمصلحة في حق الصغير (وأما) الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس بأن قتل شخص عبد اليتيم لأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لتصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله أن يستوفي القصاص فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال على ما ذكره للوصي ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فلمولى أن يستوفي القصاص إذا قتل مملوكه إذا لم يكن في استيفاء القصاص إبطال حق الغير من غير رضاه لأن الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس إليه فله أن يستوفيه وكذا إذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لأن التدبير والاستيلاء لا يوجب زوال الملك وكذا إذا قتل المكاتب ولم يترك وفاقا لأنه مات رقيقا فكان ملك المولى قاعا وقت القتل وذكر في المنتقى عند أبي حنيفة رضي الله عنه في معتق البعض إذا قتل عاجزا أنه لا قصاص بفرق بينه وبين المكاتب (ووجهه) الفرق أن موت المكاتب عاجز أو يوجب انقضاء الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالقتل صادفه وهو قتل وموت معتق البعض لا يوجب انقضاء العتاق إذا لا عتاق بعد وجوده لا يمتثل القسح فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله ولو قتل المكاتب وترك وفاقا وورثة أحرار أسوى المولى لا قصاص بالاجماع لأنه لا يستوفيه المولى لو وقع الشك في قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبد الاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب وإن لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفي القصاص عندهما خلافاً لعمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد في يد البائع قبل القبض فإن اختار المشتري إجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لأن الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفي وإن اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفي القصاص في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجهه) قوله أن الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وإنما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينقذ موجبا للحكم فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولا أبي حنيفة رحمه الله أن رد البيع فسخ له من الأصل وجعل إياه كأن لم يكن فإذا انقسخ من الأصل تبين أن الجناية ووردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفي وليس للمشتري ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر أن العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذي هو بدل الصداق في يد الزوج أو بدل الخلع في يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العبد في يد الذي صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لأن المستحق للصداق وبذل الخلع والصلح أن اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وإن طالب بالقيمة فالملك في العبد قد انقسخ فيجب القصاص للآخر على ما ذكرنا في البيع ولو قتل في يد المشتري وللمشتري خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشتري قبض البائع الثمن أو لم يقبض لأن الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له أن يستوفي القصاص كما إذا قتل في يده ولا خيار في البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فإن شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وإن شاء ضمن المشتري القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشتري القيمة فلأنه كان مضمونا في يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه في يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري وأن هلك العبد بالضمان لأن الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجهه ويقتصر من وجهه فشبّه الظهور يقتضي وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضي أن لا يجب فتمكنت الشبهة في الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المنصوب إذا قتل في يد الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى بريقته لرجل وبخدمته لآخر لم ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص لأن الموصى له بالخدمة

لا ملك له في الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وإن ملك الرقبة لكن في استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا إلى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه وإذا اجتمع الموصى له بالرقبة أن يستوفي لأن المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فإذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون في يد المرتهن لم يكن لواحد منهما أن ينفر بالاستيفاء القصاص (أما) المرتهن فظاهر لأن ملك الرقبة لم يكن ثابتاً له وقت القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء في حقه (وأما) الرهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتهن في الدين من غير رضاه لأن الرهن يصير الرهن هالكاً من غير بدل لأن العبد إنما كان رهناً من حيث أنه مال والقصاص لا يصلح بدلاً عن المالية لأنه ليس بمال فيصير الرهن هالكاً من غير بدل فيستطدب فيه فكان في استيفائه القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمع ذكر النكر في رحمه الله أن للرهن أن يستوفي القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفي وإن اجتمع على الاستيفاء وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الرهن (ومنها) الولاء إذا لم يكن لمولى الأسفل وارث لأن الولاء سبب الولاية في الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة تزوج بالاجماع لأنه آخر العصبات ومولى الموالاة تزوج على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه آخر الورثة فإن كان له وارث فلا قصاص لاشتباهاً للمولى فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه إذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفي إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام وله أن يأخذ الدية وإن كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفي القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله أن المقتول في دار الإسلام لا يخلو عن ولي له عادة إلا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولي تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحر بن إذا دخل دار الإسلام فاسلم أن الظاهر أن لا ولي له في دار الإسلام ولهما أن الكلام في قتل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضي الله عنه خرج الهرمزان والخنجر في يده فظن عبيد الله أن هذا الذي قتل سيدنا عمر رضي الله عنه فقتله فرفع ذلك إلى سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال سيدنا علي رضي الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضي الله عنه وقال كيف أقتل رجلاً قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الأرض وأنا وليه أعفوه عنه وأودى دينه وأراد بقوله أعفوه عنه وأودى دينه الصالح على الدية وللإمام أن يصالح على الدية لأنه لا يملك العفو لأن القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثهم وإمام نائب عنهم في الإقامة وفي العفو اسقاط حقهم أصلاً ورأساً وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الأب والجد وإن كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضي الله عنه والله تعالى

الموفق بالصواب

فصل وأما بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفي إلا بالسيف عندنا وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فإن مات والانحر رقبته حتى لو قطع يدرجل عمدات من ذلك فإن الولي يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعند غيره يقطع يده فإن مات في المدة التي مات الأول فيها والانحر رقبته (وجه) قوله أن مبنى القصاص على المماثلة في الفعل لأنه جزء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الأول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر في القطع عدم السراية فإن اتفقت السراية والانحر رقبته ويكون الحزب تمياً للفعل الأول لا جزءاً مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قود إلا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا في استيفاء القصاص بالسيف ولأن القطع إذا اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده فلا يجازى إلا بالقتل فلو قطع ثم احتيج إلى الحزب كان ذلك جمعاً بين القتل والحزب فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الخز يقع تنجماً للقطع فاسد لان المتعمد للشيء من توابعه والخرقتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزركلكن لا ضمان عليه ويصير مستوفياً بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو القاه من السطح أو القاه في البئر أو ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأى طريق كان الا أنه لا يتم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجازته وحد الشرع وله أن يقتل بنفسه وبنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما الضعيف بدنه أو لضعف قلبه أو لقلته هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لا بد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله المأمور والآمر حاضر صار مستوفياً ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والآمر غير حاضر وأنكرولى هذا القتل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولي لان القتل عمداً سبب لوجوب القصاص في الاصل فلو خرج من أن يكون سبباً انما يخرج بالامر وقد كذبه ولى هذا القتل في الامر وتصديق ولى القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لقوات محله فصار أجنياً عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقى القتل العمداً موجبا للقصاص ولو خفر بئراً في دار انسان فوقع فيها انسان ومات فادعى ولى القتل الدية فقال الحافر خفرت به باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك فلا ضمان على الحافر ويعتبر تصديقه لانه صدقه في فعل يملك انشاء الامر به للحال وهو الحفر في ملكه فلم يكن هذا تصديقاً بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

فصل وأما بيان ما يستقط القصاص بعد وجوبه فالمستقط له أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بأففة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشيء في غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عند نالان القصاص هو الواجب عيناً عندنا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية وقد بينا فسادها فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انساناً فقتل به قصاصاً يستقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب في ادون النفس اذا فاته ذلك العضو بأففة سماوية أو قطع بغير حق يستقط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع يستقط القصاص أيضاً لقوات محله لكن يجب ارش اليد فيتمتع الفرق في موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثاني بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقاً واجبا عليه فجعل كالتأثم وجعل صاحبه ممسكاً له تقديراً كانه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقاً واجباً عليه وفي القتل ان قضى حقاً واجباً عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكاً للنفس بعد موته تقديره لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان حكمه أمار كنه فهو أن يقول العافى عفوت أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجرى هذا الجرى وأما الشرائط فنه ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبى لعدم الحق ولا من الاب والجد في قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولا يتهماء تيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلاً ورأساً فلا يملكه له وهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافى عاقلاً (ومنها) ان يكون بالغاً فلا يصح العفو من الصبي والمجنون وان كان الحق ثابتاً لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملكه كانه كالطلاق والعناق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو في الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولي واما ان يكون من الجرح فان كان من الولي لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولي واحداً واما ان يكون أكثر فان كان واحداً بان كان القاتل

والمقتول واحد افعا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاءه لتحقيق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استيفاؤه بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله في تأويل قوله تعالى ومن احياءنا فكانا احياء الناس جميعاً أى من احياءنا بالعفو وقيل في قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ما قيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير تخفيف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلاً والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ وأذ كر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما وإذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولي في القصاص عيناً وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقد أسقطه لا إلى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقاً وهو من أهل الاسقاط والحل قابل للسقوط يسقط مطلقاً كالبراءة عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف إلى الواجب تصحيحاً لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دنانير ولا ينوي أحدهما بعينه فأبرأ المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الليم وهو عذاب الآخرة نستجير بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص في الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف عاء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الاشخاص أو حال قيد بدليل وكذا الحكمة التي لها شرع القصاص وهو الحياة على ما ينبتضي الوجوب وأما الآية فقد قيل في بعض وجوه التأويل ان العذاب الليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الذي يولى في الايلاء فملى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتل هذا وتحتل ما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر بان قتل رجلان واحداً فان عفا عنهما سقط القصاص أصلاً لما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر في المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنهما لان طريق الإيجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلاً على الآخر اذ كان ليس معه غيره اذ القتل تفويت الحياة ولا يتصور تفويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلاً على الآخر اذ لا يتصور قتل صاحبه عدماً في حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدماً تقديراً فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق الإيجاب القصاص عليهما ليس مذكور وليس القتل اسماً لتفويت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن أحدهما لا يؤثر في الآخر هذا اذا كان الولي واحداً فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافي بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور راسخاً باستيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر مالا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم أوجبوا في عفو بعض الأولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بمحض من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعاً وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عني له من أخيه شيء نزلت في دم بين شركاء يعفوا أحدهم عن القاتل فلآخرين ان يتبعوه بالمعروف في نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عني له من أخيه شيء وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية في مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمدو يؤخذ منه في ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر في سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ في سنتين كما لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ في سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ في ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس وهذا لا ينبغي ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسه بغير حق لان عصمته عادت بالعفو الا ترى انه حرم قتله فكانت مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبي (ولنا) ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لا نه قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقاً للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فلعفو من أحدهما ينبغي ان لا يؤثر في حق الآخر ولا ن سبب ولاية الاستيفاء وجد في حق كل واحد منهم ما على الكمال وهو القربا به فينبغي ان لا يؤثر عفو أحدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص ويجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصاً بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر ويكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من الوجوب الشبهة وانما نشأت عن الظن ولم يوجد زال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبق ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركاً بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصاً كاملاً ولا استحالة له في ذلك لان القتل ليس تقويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور رتقويتهما من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر في فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن قتله وهو القصاص لا يؤثر في حق صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولي عن القاتل بعد موت وليه (فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصبح عفو وفي الاستحسان يصح (وجه) القياس ان العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح ولا استحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلاً من حين وجوده فكان عفو عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثاني ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد بسبب وجوده وهو الجرح المقضي الى فوات الحياة والسبب المقضي الى الشيء يقام مقام ذلك الشيء في أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد سبب وجود القتل كان العفو معجلاً الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطأ والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحداً كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء في جميع ما وصفنا الا ان في القصاص بين الموليين اذا عفا أحدهما فلا آخر حصته من قيمة العبد وههنا من الدية لان القيمة في دم العمد كالدية في دم الحر (فأما) فيما وراء ذلك فلا يخلقان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولي فأما اذا كان من الجرح وح بان كان الجرح وح عفا لا يصبح عفو له لان القصاص يجب حقاً للمولى لاله وان كان حراً فان عفا عن القتل ثم مات

صحيح استحسننا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجنابة ثم مات أو لا فجعلته الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمداً أو خطأ فان كان عمداً فالجرح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجنابة والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه ما يحدث منها (واما) ان يذكر وحال الجرح وح لا يخلو (اما) ان يرى وصح (واما) ان مات من ذلك فان يرى من ذلك صح العفو في القبول كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجنابة أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شيء على القاتل لان لفظ الجنابة يتناول القتل وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفواً عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب التصاص وفي الاستحسان يجب الدية في مال القاتل وعندهما يصح العفو ولا شيء على القاتل (وجه) قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولا شيء حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفا عن غير حقه فان حقه في موجب الجنابة لا في عينها لان عينها عرض لا تتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولا ان عينها جناية وجدت من الخارج والجنابة لا تكون حق الجاني عليه فكان هذا عفواً عن موجب الجراحة والسراية يتبين انه لا موجب بهذه الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو انفصا ص ان كان عمداً والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجع بينهما غير مشروط والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحاً لكان القطع غير والقتل غير فالتقطع امانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة تامة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر القتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفواً عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسهطه الا انه سقط للشبهة نصيب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمداً فاما اذا كان خطأ فان يرى من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شيء على القاطع سواء كان بلفظ الجنابة أو الجراحة وذكر وما يحدث منها أو لم يذكر كما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجنابة أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضاً لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة الجرح وان كان يذهب ويحجب ولم يصير صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بان صار صاحب فراش يعتبر عفو من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المر يض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجنابة وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان يرى الجرح والصالح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمداً أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيه صح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجنابة أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضاً لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ برد بدل الصلح ويجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يدرجل أو جرحته فزوجه على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفصيل انه يرى من ذلك جواز النكاح وصار ارش ذلك مهر لها لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمداً أو خطأ لان القصاص بين الذكور والانات لا يجري فيها دون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجه على عليه فقد سمي المال فكان مهر لها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجنابة أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جاز النكاح وصار دم الزوج مهرها لا نه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا موجبا للدية على العاقلة فكان الزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن العاقلة لصير و رتاهم مهرأها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان مريضا بقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمنتهى في هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضا وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبمقدار الثلث يسقط أيضا والزيادة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خر وج الزيادة من ثلث ماله لانه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطأ (وأما) في العمد جاز النكاح وصار عفوا (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف على تسمية ما هو مال (وأما) صير ورة النكاح على القصاص عفوا له لانه لا تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من تركه الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرها لانه ليس بمال فيجب لها العوض الا صلي وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عندهما في العمد والخطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال الزوج وتحجب الدية من مالها فيتناقصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فيجب الدية على عاقلتها ولها مهر المثل من مال الزوج ولا ترث المرأة من مال الزوج شيئا لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع يدا امرأته أو جرحها جراحة فخلعها على ذلك فهو على ما ذكرنا انها ان رثت جاز الخلع وكان بائنا لانه تبين انه خلعها على ارش اليد فصبح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوى فيه العمد والخطأ لانه وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا لانه تبين ان الفعل وقع قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خر وج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خر وج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج وهذه حالة الخرج والبضع بعد ما لا حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد ما لا حال الخرج وج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا في الخطأ فأما في العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعها بغير مال يكون رجعيًا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبي حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتحجب جميع الدية في ماله في العمد وفي الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيًا والله تعالى أعلم ومنها الصلح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاء واسقاطا اذا كان من أهل الاسقاط والحل قابل للسقوط ولهذا ياتك العفو في ملك الصلح ولان المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد المولى قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فن عف له من أخيه شيء الآية نزل في الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما تحجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد هنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح ولو صالح المولى القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مررت المسئلة في العفو ولو كان المولى اثنين والقصاص واحد فصالح أحدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالا لما ذكرنا في العفو ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف

والوفاق الذي ذكرناه في العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولي أحد القتيلين فلا خسران يستوفي وكذا لو صالح الولي مع أحد القتيلين كان له أن يقتص للآخر لما ذكرنا في العفو وكذلك حكم المولى في الصلح عن دم العمد في جميع ما وصفنا ومنها إرث القصاص بان وجب القصاص لانسان فوات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل واحد منهما ابن الآخر عمدا وكل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلًا يستوفي القصاص فيقتلها الوكيلان معا وقال زفر رحمه الله يقال للقاضي ابتدأ بهما مشئت وسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول زفر رحمه الله إن القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد لأنه لا يتمكن استيفاءهما لأنه إذا استوفي أحدهما يسقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الآخر فكان الخيار فيه إلى القاضي يتبدى بأيهما شاء ويسلمه إلى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجهه) قول الحسن رحمه الله إن استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة بأن يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القتيلين في زمان واحد فلا يتوارثان كما في العرق والحرق (وجهه) قول أبي يوسف رحمه الله إن وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواء ولا سبيل إلى استيفاء القصاص لأنه إذا استوفي أحدهما سقط الآخر وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فتمدح القول بالوجوب أولا ولأن في استيفاء أحد القصاصين بقاء حق أحدهما واسقاط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفاءهما بطريق التوكيل غير سديد لأن القمطين قل ما يتفقان في زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة وفي ذلك إسقاط القصاص عن الآخر وقولوا في رجل قطع يدرجل ثم قتل المتطوع يده ابن القاطع عمدات مات المتطوع يده من القطع إن على القاطع القصاص وهو القتل لولي المتطوع يده لأنه مات بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق لأن ذلك القطع صار بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يستقط بتل المتطوع يده ابن القاطع والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا ثبت بالقتل الخطأ في العمد أولى وأما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب (وجهه) قوله إن الكفارة لرفع الذنب ومحو الأثم ولهذا وجبت في القتل الخطأ والذنب في القتل العمد أعظم فكانت الحاجة إلى الدفع أشد (ولنا) إن التحريم أو الصوم في الخطأ إنما وجب شكر النعمة حيث سلم له أعز الأشياء إليه في الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخظة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المؤاخظة في الآخرة مع جواز المؤاخظة وهذا لم يوجد في العمد فيقدر الإيجاب شكرا أو وجب لحق التوبة عن القتل بطريق الخطأ وألحق بالتوبة الحقيقية خفة الذنب بسبب الخطأ والذنب ههنا أعظم فلا يصلح لتحريم توبة والله تعالى أعلم وأما شبهة العمد فيتعلم به أحكام منها وجوب الدية المغلظة على العاقلة أما وجوب الدية فلأن القصاص امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما صفة التغليب فلا جماع الصحابة رضي الله عنهم لأنهم اختلفوا في كيفية التغليب على ما ذكرنا من أن شاء الله تعالى واختلافهم في كيفية دليل ثبوت الأصل وأما الوجوب على العاقلة فلأن العاقلة إنما تعقل الخطأ بخفية على القاتل نظر اللوقوع فيه لا عن قصد وفي هذا القتل شبهة عدم القصد لحصوله بالآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز الوصية لأنه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة في هذا القتل ذكر الكرخي رحمه الله أنها تجب وأحقه بالقتل الخطأ المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وأحقه بالعمد المحض في عدم وجوب الكفارة (وجهه) ما ذكره الكرخي رحمه الله إن الكفارة إنما وجبت في الخطأ المالحق بالشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعي إلى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جنائيا فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن أن يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذه فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح
التحرير توبة بها كما في العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل
والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حريين واما أن كان القاتل حراً والمقتول عبداً
واما أن كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما أن كانا جميعاً عبيدين فان كانا حريين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة
عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول أما الذي يرجع الى القاتل
فالا سلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي
عبادات، والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا مخاطبهما بالشرائع أصلاً وأما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون
المقتول معصوماً فلا تجب بقتل الحرى والباغي لعدم العصمة واما كونه مسلماً فليس بشرط فيجب سواء كان مسلماً
أو ذمياً أو مستأمناً وسواء كان مسلماً أسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ولم يهاجر اليها لقوله سبحانه وتعالى ومن
قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان
من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحريم رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من أعظم
النعم ورفعت عنه المؤاخذه في الآخرة مع جواز المؤاخذه في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجألة لحفظ نفسه عن الوقوع
في الخطأ وهذا أيضاً نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقاً للعقل فبين الله تعالى مقدار وجوبه هذه الآية ليقدر
العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية والله تعالى المؤاخذه عليه بطريق
العدل لانه مقدور الامتناع بالتكف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد
بحق التوبة عن القتل الخطأ بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنایات الا انه جعل التحرير بالصوم توبة له دون
التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطأ اذا الخطأ مغفور في الجألة وجائز العفو عن هذا النوع خفت توبته لخفة في
الجناية فكان التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنایات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة
بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها وأما الخطر والحرمة فلان فعل الخطأ جناية جائز المؤاخذه عليها عتلاً لما بينا
والدليل عليه قوله عز اسمه بئنا لئنا أخذنا ناسيناً أو أخطأنا ولو لم يكن جائز المؤاخذه لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر
علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعاً ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي
الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في
الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل
جنس وفي بيان صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب
وبعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوماً فلا دية
في قتل الحرى والباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لانه من جانب القاتل ولا من جانب
المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو ذمياً أو حرياً مستأمناً وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب
الدية في مال الصبي والمجنون والا صل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذمياً أو حرياً مستأمناً تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم
بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والثاني التتوم وهو ان يكون المقتول متقوماً وعلى هذا بيني ان الحرى اذا أسلم
في دار الحرب فلم يهاجر اليها فقتله مسلم أو ذمى خطأ انه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافاً للشافعي بناء على ان التتوم بدار
الاسلام عندنا وعندنا بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب السير ثم نتكلم في المسألة ابتداء احتج الشافعي
رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ
فتجب الدية (ولنا) قوله جلت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة

والاستدلال به من وجبهين أحدهما أنه جعل التحريم جزاء القتل والجزاء يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحريم وهذا خلاف النص والثاني أنه سبحانه وتعالى جعل التحريم لكل الواجب بقتله لأنه كل المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما مصدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لو جهين أحدهما أنه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقاً في تناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن ديناً وداراً وهذا مستأمن ديناً لا داراً لأنه مكثرسواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أنه أفردها المؤمن بالذكر والحكم ولونناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكراراً ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكراراً فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا في حمل عليه توفيقاً بين الدليلين عملاً بهما جميعاً ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعاً على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعاً وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا يخرج مسائل الرمي إذا رمى مسلماً فارتد المرمى إليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله أن كان خطأ تتحملها العاقلة وإن كان عمداً يكون في ماله وعندهما لا شيء عليه وكذلك عند زفر وإن رمى مرتداً أو حريراً فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شيء عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجهه) قوله أن الضمان إنما يجب بالقتل والفعل إنما يصير قتيلاً بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدرًا كما نوجب حرجه ثم ارتد فمات وهو مرتد لهما أن للقتل تعلماً بالقاتل والمقتول لأنه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً ولا يوجب حنيفة رضي الله عنه أن الضمان إنما يجب على الإنسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتيلاً من حين وجوده والحمل كان معصوماً في ذلك الوقت فكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا لو كان مرتداً أو حريراً وقت الرمي ثم أسلم فإصابه السهم وهو مسلماً لا شيء عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لأبي حنيفة رضي الله عنه عليهم في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه أن في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعاً حتى لو كان الرامي مسلماً وقت الرمي ثم ارتد فإصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وكل وإن كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسياً وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلماً لا يؤكل وكذلك حلال رمي صيده ثم أسلم ثم أحرم ثم أصابه لا شيء عليه وإن رمى وهو محرم ثم حل فإصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل جميعاً أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والأصل أن ما يرجع إلى الأهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بخلاف وما كان راجعاً إلى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما إذا جرح مسلماً ثم ارتد الجرح فمات وهو مرتدانه يهدر دمه لأن الجرح السابق انقلب قتيلاً بالسراية وقد تبدل المحل حكماً بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسائلنا ولو رمى عبداً فعنته مولاة ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد بن علي الرامي لمولى للعبد فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى لا شيء عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد أنه لما رمى إليه فقد صار ناقصاً بالرمي في ملك مولاة قبل وقوع السهم به لأنه أشرف على الهلاك بتوجه السهم إليه فوجب عليه ضمان النقصان فصارت له الجرحه ثم أعتقه مولاة ولو كان كذلك لا تقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وإنما يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مر على أصله وهو اعتبار وقت الفعل لأنه صار قتيلاً بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما يجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناس الأبل والذهب والفضة وعند همام ستة أجناس الأبل والذهب والفضة والبر والغنم والحلل واحتجاً بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فإنه روى أنه قضى بالدية من هذه الأجناس

محضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولا يحنيفه رضي الله تعالى عنه قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل جعل عليه الصلاة والسلام الواجب من الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا ان الواجب من الصنفين الآخرين ثبت بدليل آخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل وأما قضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديارات على العواقل فلما نقلها الى الديوان قضى بهام من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب المعامل ما يدل على انه لا خلاف بينهم فانه قال لو صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يحز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز والله أعلم بالصواب وأما بيان مقدار الواجب من كل جنس وبيان صفة قدر الواجب من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وأتو شته فان كان ذكرا فلا خلاف في ان الواجب بقتله من الابل مائة لقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل ولا خلاف أيضا في ان الواجب من الذهب الف دينار لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد في عهده الف دينار والتقدير في حق الذي يكون تقديره في حق المسلم من طريق الاولى وأما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله تعالى عشرة آلاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعي رحمهما الله اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال الدية عشرة آلاف درهم بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماع ما ان المقدير لا تعرف الاسماء فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفاشاة ثم دية الخطأ من الابل اجماس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقدر فعه الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال دية الخطأ اجماس عشرون بنت مخاض وعشرون بنت مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوب بين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمسة دراهم ودية شبه العمد أربعين درهما وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعند محمد اثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية الى بازل عامها كله خليفة وهو مذهب سيدنا عمرو بن دينار ثابت رضي الله تعالى عنهما وعن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال في شبه العمد اثلاث ثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خليفة والصحابة رضي الله عنهم متى اختلفت في مسألة على قولين أو ثلاثة يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا لقول ابن مسعود رضي الله عنه لوجين أحدهما انه موافق للحديث المشهور الذي تلقنه العلماء رضي الله عنهم بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل أصل من وجهه والثاني ان ما قاله أقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون للداء ونحو ذلك وان كان أنى فدية المرأة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا علي وابن مسعود بن دينار ثابت رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا في دية المرأة انها على النصف من دية الرجل ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد فيكون اجماعا ولا ان المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها وهل يختلف قدر الدية بالاسلام والكفر قال أصحابنا رحمهم الله لا يختلف ودية الذمي والحر في المستأمن كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعي والشافعي رحمهما الله والزهري رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله يختلف دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب ولان الاثنية لما أثرت في نقصان البدل بالكفر أولى لان نقیصة الكفر فوق كل نقیصة (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله أطلق سبحانه وتعالى

القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل ان الواجب في الكل على قدر واحد (وروينا) انه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد في عهده الف دينار (وروي) أن عمرو بن أمية الضمري قتل مستأمنين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري رحمه الله انه قال قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فمأرجع الى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجدوا نقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا (وأما) بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتحمل عنه العاقلة بعصه بطريق التعاون اذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد وتحمله العاقلة ومالا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقاراره حجة في حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبد بان قتل انسا ناخطأ لان الواجب بنفس القتل الدفع لا القداء والقداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمد لأنها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على المخطئ والعامل لا يستحق التخفيف وقدر وى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعتزافاً ولا مادون ارش الموضحة وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبداً أن المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه وهو ما ذون مديون أو المالكات لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبداً لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلاً وعقلت فلاناً اذا كان فلان مقتولاً كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعاً والصحيح هو الاول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ومعناه فليتحرر وليود وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لان العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الاصمعي تتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز أن يؤخذ أحد بدين غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال جلّت عظمتها ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا مادون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وكذا قضى سيدنا عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها ان لم قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفرط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهور عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان الدية مال كثير فالزام الكل القاتل اجتناف به فيشاركه العاقلة في التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ وبهذا افارق ضمان المال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف ومادون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولاً بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أو يجب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين أحدهما في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية (أما) الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقاً واما ان كان مولى الموالاة فان كان حر الاصل فعاقلته أهل ديوانه ان كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الا حرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فان قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقل من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل أنهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصر في زمانهم الديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من العاقل للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقل الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والحجائين والرقيق لأنهم ليسوا من أهل النصر ولأن هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والحجائين والماليك ليسوا من أهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لان استنصاره بهم وان كان القاتل معتقاً ومولى الموالاة فعاقلته مولاة وقبيلة مولاة لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقله المولى الا على قبيلته اذ لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقله مولاة ولان استنصاره بمولاة وقبيلته فكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقله فاما اذ لم يكن له عاقله كاللقيط والحربي أو الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد بن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجنائية وجدت منه وانما الاخذ من العاقل بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقله برد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقل لكان التناصر فاذا لم يكن له عاقله كان استنصاره بعامية المسلمين وبيت المال ما لهم فكان ذلك عاقلته (وأما) بيان مقدار ما تتحملة العاقل من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزداد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفاً على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم باز يادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر اذا كان في العاقل كثرة فان قلت العاقل حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أو لا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقل ويكون فيما يؤدى كاحدهم لان العاقل تتحمل جنائية وجدت منه وضماً وأوجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقل في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم يقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعاً وتؤخذ من ثلاث عطايا ان كان القاتل من أهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطيا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وان تأخرت يتأخر حق الاخذ وان لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالاقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقاً مؤجلاً تتحملة العاقل الا أنه لا يصدق على العاقل فيجب مؤجلاً في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب اذا قتل ابنه عمداً قال أصحابنا رحمهم الله انها تجب مؤجلة في ثلاث سنين الا أن دية شبه العمد تتحملة العاقل ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالاً وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالاً فتجب الدية حالاً اذا الحكم ثبت على وفق السبب هو الاصل الا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولاً به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو ثبت معلولاً بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقل والعمد يستحق التغليظ ولهذا وجب في ماله لا على العاقل (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرر بر رقبة مؤمنة ودية مسامة الى أهله والنص وان ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به إلا أنه مجمل في بيان القدر والوصف فبين عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام في النفس المؤمنة مائة من الابل و بيان الوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضي الله عنه بحضور منهم فصار الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بإيجاب دية معقولة والثاني بالإيجاب في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة أو نجب في مال القاتل فذلك الجزء نجب في ثلاث سنين كالعشرة اذا قتلوا رجلاً خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلاث سنين وكذلك العشرة اذا قتلوا رجلاً واحداً أو به حتى وجبت عليهم دية واحدة في ما لهم نجب على كل واحد منهم عشرها في ثلاث سنين لان الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة في ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلاً لكل جزء من أجزائها الجزء لا يخالف الكل في وصفه ولا خلاف في أن بدل الصلح عن دم العمد يجب في ماله حالاً لانه لم يجب بالقتل وإنما وجب بالعقد فلا يتأجل الا بالشرط كضمن المبيع وبحود ذلك وكذلك العبد اذا قتل انساناً خطأ واختار المولى القداء يجب القداء حالاً لان القداء لم يجب بالقتل بدلاً من القتل وإنما وجب بدلاً عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالاً فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما اذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً فالعبد المقتول لا يخلو اما ان كان عبداً أجنبى (واما) ان كان عبد القاتل فان كان عبد أجنبى فيتعلق بهذا القتل حكمان أحدهما وجوب القيمة والكلام في القيمة في مواضع في بيان مقدار الواجب منها وفي بيان من نجب عليه وفي بيان من يتحمله وفي بيان كيفية الوجوب أما الاول فالعبد لا يخلو اما ان كان قليل القيمة (واما) ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف الا عشرة وروى عن أبي يوسف في غير رواية الاصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعي رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه مثل مذهبه وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله تعالى عنهما مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمى ومال لوجود معنى الكمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعاً ولا وجه الى إيجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الافراد فلا بد من إيجابه بمقابلة أحدهما وهدار الاخر فيقع الكلام في الترجيح فادعى الشافعي رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالآدمى لان الاصل في ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيد بالمثل ولا بمقابلة بين المال والآدمى فكان إيجابه بمقابلة المال موافقاً للاصل فكان أولى والثاني أن الضمان وجب حقاً للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفي إيجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق الموت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الاجماع والمعتقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرر بر رقبة مؤمنة ودية مسامة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزداد على عشرة آلاف بالاجماع (وأما) دلالة الاجماع فهو أن أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح وان كذب المولى لولا أن الترجيح لمعنى الكمية لما صح لانه يكون اقراره اهداراً لمال المولى قصداً من غير رضاه وانه لا يملك ذلك (وأما) المعتقول فمن وجهين أحدهما أن الكمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الكمية من وجوه أحدها انه كان خلق خلق آدمياً ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثاني أن قيام المالية فيه بالآدمية وجوداً وبقاء لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الكمية فيه أصلاً وجوداً

وبقاء وعرضاً والثاني أن حرمة الأدمى فوق حرمة المال لأن حرمة المال لغيره وحرمة الأدمى لعينه فكان اعتبار
النفسية واهدار المالية أولى من القلب إلا أنه نقصت ديتته عن دية الحر لكون الكفر منقصة في الجسلة واهدار الشرف
الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقاً قال ابن مسعود رضي الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر
أنه قال ذلك سماعاً منه عليه الصلاة والسلام لأنه من باب المقادير أولاً وهذا أدنى مال له في خطر الشرع كما في نصاب
السرقة والمهر في النكاح قوله المال ليس بمثل للأدمى قلنا نعم لكن لشرف الأدمى وجهه المال لم يجعل مثله عند
امكانه يجب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجهه أولى من
الاهدار وقوله الجبر في المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الأدمى ومقابلة الجابر بالأدمى القاتل أولى من المقابلة بالمال
المالك وإن كان الجبر ثمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب
نفس الأدمى وهو العبد وحرمة الأدمى لعينه فكان ما قلناه أولى ولو كان المقتول أمة فإن كانت قليلة القيمة بأن كانت
قيمتها أقل من خمسة آلاف فهي مضمونة بقدر قيمتها بالغة ما بلغت وإن كانت كثيرة القيمة بأن كانت قيمتها خمسة
آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الا عشرة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله له
فهو قول الشافعي رحمه الله تبلغ بالغة ما بلغت والكلام في الأمة كالكلام في العبد وإنما ينقص منها عشرة كما نقصت
من دية العبد وإن اختلفا في قدر البدل لأن هذه دية البدل لأن هذه دية كاملة في الأمة فينقص في العبد بخلاف ما إذا قطع
يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف أنه يجب خمسة آلاف الا خمسة لأن الواجب هناك ليس بدية كاملة بل
هو بعض الدية لأن اليد منه نصف فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الأثر ليس ببعض دية الذكر بل هو
دية كاملة في نفسه الكراهية الأثر (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فإنها تجب على القاتل لوجود سبب
الوجوب منه وهو القتل وتحملها العاقلة في قولهما وعلى رواية أبي يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله تجب في مال
القاتل وهذا بناء على الأصل الذي ذكرنا أن عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس تتحملها العاقلة وكدية
الحر وعند الشافعي بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحملها العاقلة بل يكون في مال المتلف كضمان سائر الاموال
وروى عن أبي يوسف في كثير القيمة أن قدر عشرة آلاف تعقلها العاقلة لأن ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما
زاد عليها لا تعقله لأنه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقد مر ما يتحمل كل واحد
منهم فما ذكرنا في دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثاني وجوب الكفارة لعدم قوله تبارك وتعالى ومن
قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبراً إنسان أو أم
ولده أو مكاتبه فحكمه حكم القن في جميع ما وصفنا وإن كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أو أم
ولده لأن القيمة لو وجبت لوجب له عليه وهذا ممنوع وإن كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته في
ثلاث سنين لأن المكاتب فيما يرجع إلى كسبه وارش جنايته حرق كان كسبه وارش له فالجناية عليه من المولى
والاجنبي سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون على ماله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً
والمكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم ولأن المكاتب على ملك مولاه وإنما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت
بينهما غير ثابت في حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لأن اقرار المقر حجة في حقه لا في حق غيره وكذلك
جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالأجنبي فيه
وكذا إذا كان مأذوناً مديوناً فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه
قيمته وتكون في ماله بالنص وتكون حالة لأنه ضمان اتلاف المال هذا إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً
فاما إذا كان القاتل عبداً والمقتول حراً فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبياً أو يكون ولي العبد فإن كان
أجنبياً فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنأ أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً فإن كان قلنا يدفع إذا ظهرت جنايته إلا أن

يختار المولى الفداء فلا بد من بيان ما تظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختار للفداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة الفداء الواجب عند الاختيار أما الاول فهذه الجناية تظهر بالبيننة واقرار المولى وعلم القاضى ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا لان العبد ملك بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا في الحال ولا بعد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذلك لو اقر بعد العتاق انه كان جنى في حال الرق لاشئ عليه لما ذكرنا ان هذا اقراره على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه اعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى الجناية الا أن يختار المولى الفداء عندنا وقال الشافعى رحمه الله حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه ويستوفى الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يبق ثمنه بالارش يتبع بما بقى بعد العتاق والمولى أن يستخلصه ويؤدى الارش من مال آخر (وجهه) قوله أن الاصل في ضمان الجناية أنه يجب على الجاني والواجب على الانسان اما ان يكون في ماله أو تتحمل العاقلة عنه والعبد لا ماله ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فتجب في رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك في الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا على وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبهنا بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الا نكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم والقباس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك في باب الاموال يجب على العبد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعمين كثرت قيمة العبد أو قلت وعند اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان الجنى عليه واحدا أو أكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه ويصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر ارش وجناتهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة في مسائل اذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفداء بطل حق الجنى عليه أصلا لان الواجب دفع العبد على طريق التعمين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيستنتج الحق أصلا ورأسا وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يطل حق الجنى عليه أصلا على ما هو الاصل في المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر ولومات بعد اختيار الفداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكمه لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان تعلق حق الجنى عليه للاول لا يمنع حق الثانى والثالث لان ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالخصص قدر ارش وجناتهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن القاتل فيقتدر بقدر القاتل وان شاء أمسك العبد وغرم الجنائيات بكال أروشها ولو اراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويهدى بعض الجنائيات له ذلك بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والفداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعمين وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعمين ولا يجوز أن يجمع في جناية واحدة بين حكيمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والفداء في كل واحد منهما والدفع في البعض والفداء في البعض لا يكون جمعا بين حكيمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وقتل عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا وان اختار الفداء فدى عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شججا مختلفا انه ان دفع العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جنائياتهم وان اختار الفداء فدى عن الكل

باروشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين بخير المولى بين الدفع والفداء ولا يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع العبد في الدين لانه لما فدى فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه ويقضى دين الغرماء وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء في دينهم وانما بدى بالدفع لالدين لان فيه رعاية الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدى بالدين فيبيع به لبطل حق أولياء الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ماسكا للمشتري لذلك بدى بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هي أن يثبت لهم حق استخلاص العبد بالفداء لان للناس أغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شيء من العبد كان الفضل لأولياء الجناية لان العبد يبيع على ملكهم لصيرورته ماسكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقي الى ما بعد العتاق كما لو يبيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لأصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيئا استحسانا والقياس أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تملك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضي ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء ولو لم يره الارش وان كان غير عالما بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى القاضي فان كان القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين بينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لا سبيل الى تضمين القاضي لانه فيما يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع فان كان القاتل حرا يأخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والفداء حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للفداء ولو تصرف في العبد يصير مختارا للفداء على ما ذكر وانما كان كذلك لان القيمة دراهم وأودنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة في التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب في الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجني فخير مولاه بين الدفع والفداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع القاتل الى مولى العبد المقتول بخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفداء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لهما وما كان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه بخير المولى في شئين في العبد القاتل بين الدفع والفداء لان تعلق حق ولي الجناية بالعبد جعل المولى كالأجنبي فصار كانه عبد أجنبي قتل العبد الجاني وهناك بخير بين الدفع والفداء بقيمة المقتول كذا هذا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه هذا العبد بخير المولى بين دفعها وقداها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الأمة خير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى بالدية وقيمة الأمة وان اختار الدفع ضرب فيه أولياء قتيل العبد بالدية وأولياء قتيل الأمة بقيمة الأمة لان الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبي قتلت رجلا خطأ ولو كانت قيمة الأمة ألفا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم لا ولياء قتيل الأمة وعشرة أسهم لا ولياء قتيل العبد فان قطع عبد لأجنبي يد العبد الجاني أو فقه عينه أو جرحه جراحة فخير مولى العبد القاطع أو الفاق أو الجارح بين الدفع والفداء فان دفع عبده أو فداه بالارش فولى العبد المقتول بخير بين الدفع والفداء فان

شاء دفع عبده المقتطوع مع العبد القاطع أو مع ارش يده عبده المقتطوع وأن شاء فدى عن الجناية بالارش لأن العبد
 المقتطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذلك العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب
 الدفع لأن يختار الفداء فيقتل الحق من العبد إلى الارش ولو كسب العبد الجاني كسبا أو كان الجاني أمة فولدت بعد
 الجناية فاختر المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان
 واجب الدفع وحكم البديل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف
 المولى وولى الجناية فادعى المولى أن القطع كان قبل جنائيه وإن الارش سأل له وادعى ولى الجناية أنه كان بعدها وأنه
 مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لأن الارش ملك المولى كالعبد لأنه بدل ملكه فولى الجناية يدعى عليه وجوب
 تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبداً وأوقعت عينه وأخذ المولى الارش ثم
 جنى جناية فإن شاء المولى اختار الفداء وإن شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الارش لأن
 وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا بخلاف ما إذا قطعت يده بعد الجناية أنه يدفع مع ارش اليد لأن
 العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطأ
 ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر خطأ فارش يده يسلم لولى الجناية الاولى لأن حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت
 الجناية والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء لأنه انعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد
 فيكون بين ولى الجنايتين على تسعة وثمانين جزاً لأن موضوع المسئلة فإذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول
 حق ولى كل جناية في عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة
 سهماً فيكون كل العبد أربعين سهماً حق كل واحد منهما في عشرين وقد أخذ ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة
 أو بقي حقه في تسعة عشر سهماً ولم يأخذ ولى الجناية الثانية شيئاً فبقي حقه في عشرين جزءاً من العبد وإن اختار الفداء
 فدى عن كل واحد من الجنايتين بعشرة آلاف لأن ذلك ارشها ولو شجع انساناً موصحة وقيمتها ألف درهم ثم قتل آخر
 وقيمتها ألفان فإن اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بارسها وإن اختار الدفع دفعه مقسوماً بينهما على أحد
 وعشرين سهماً ساهم لصاحب الموصحة وعشرين لولى القتل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل
 واحد منهما به وصاحب الموصحة حقه في خمسمائة وحق ولى القتل في عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهماً فتكون
 القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضاً لأنها صفة الاصل وإذا ثبتت
 الشركة في الاصل ثبتت في الصفة وكذلك لو قتل انساناً خطأ وقيمتها وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجة
 ثم شجع انساناً موصحة كانت القسمة بينهما على أحد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضاً لما قلنا
 والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جناية ففداه المولى ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء لأنه لما
 فدى فقد طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن فإذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو
 الفداء بخلاف ما إذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء أنه يدفع اليهما جميعاً أو يفدى لأنه لما لم يفد للاولى
 حتى جنى ثانياً فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلاً وله وليان فدفعه المولى
 الى أحدهما فقتل عبده رجلاً آخر ثم حضر وايقال للمدفع اليه ادفع نصف العبد الى ولى القتل الثاني أو نصف
 الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع الى ولى الجناية الثانية ولى الجناية الاولى الذي لم يدفع اليه
 (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفوع اليه الى ولى القتل الثاني أو الفداء فلا لأنه ملك نصف العبد بالدفع
 فيخير في جنائيه بين الدفع والفداء (وأما) وجوب رد نصف العبد الى المولى فلا لأنه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله
 عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى في النصف بين الدفع الى ولى الجنايتين وبين الفداء
 لأن وقت الجناية الاولى كان كل العبد على ملكه وقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو الفداء

فان اختار القداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر
تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى
ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فسلم له ثلاثة ارباع العبد وسلم لولى الجناية
الاولى الذى لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما ارباعا ثلاثة ارباعه لولى الجناية الثانية وربعه لولى الجناية
الاولى وبقي الى تمام حقه الربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى او بغير قضاء القاضى
فان كان الدفع بقضاء لا يضم المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطرا فى الدفع فلا يضم ولا سبيل
الى تضمين القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه
بغير حق والقبض بغير حق سبب لجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يرد
على الوجه الذى قبض العبد فارغا ورده مشغولا وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد
بالخيار ان شاء ضمن المولى ربع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد بعهده لم يردم وربعه
دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض
فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل
الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحدهما لى القتلين فقتل عنده قتيلا آخر واجتمعوا فان
القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف
الباقى الى ولى الجناية الثالثة أو أفد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقي حقه فى النصف
وفدى لولى الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما
فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيقتهما فيضرب ولى الجناية الثانية فيه بمشرة آلاف وولى الجناية
الثالثة خمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقي من حق
الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقي الى تمام حقه السدس فان
كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما
فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقا عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل فى يده قتيلا يقال للمفقوءة
عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتل الثانى او افده بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين
بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم بخير المولى بين الدفع والقداء فان اختار القداء فدى للاول تمام الدية عشرة آلاف
وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوما بينهما على قدر حقيقتهما
فيتضاربان يضرب الاول تمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل
الف سهما وستمائة فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد
أخذ ولى القتل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلثون وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولى القتل الاول عشرة وولى القتل الثانى
ستة وثلثان ثم ولى القتل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزءا وثلث جزء من
ثلث قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى
القتل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له ان يأخذ أيهما شاء كما فى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب
انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما وضرب أحدهما بالدية والأخر بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلاثة أسهم
وثلثا الدية ستهين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم للاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر ستهين
ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقه فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع
الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أحماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس ثلثي قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلاً ثم ولدت بنتاً فقتلت
 البنت رجلاً ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى يخير بين دفع البنت الى ولي الجنائتين وبين القداء فان اختار القداء فدى
 لا ولياء قتيل البنت بالدية ولا ولياء قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق الجنى عليه وهو حق الدفع
 الحق للمولى بالاجنبى فتصير كأنها جنت على جارية أخرى لا جنبي وان اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية
 وأولياء قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى
 عشر سهماً كل الف درهم سهم سهم من ذلك لا ولياء قتيل الام وعشرة أسهم لا ولياء قتيل البنت ولو كانت البنت
 فقأت عين الام ولم تقتلها فالمولى يخير بين الدفع والقداء لا يخلو (اما) ان يختار دفعهما جميعاً (واما) ان يختار فداءهما
 جميعاً (واما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (واما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع
 الام الى أولياء قتيل الام وهذا ظاهر ويدفع البنت الى أولياء قتيل البنت والى أولياء قتيل الام وكانت مقسومة بينهم
 على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب اولياء قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتيل الام
 بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الأذى نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فريق من
 أولياء الجنائتين تمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنائتين وسقطت جناية البنت على الام لانها جميعاً ملك
 المولى وقد طهرتا عن الجنائية بالقداء وخلص ملك المولى فيهما بقبول جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ما سلكه
 فتكون هدراً وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتيل الام ثم يمدى البنت يمدى لا ولياء قتيل
 البنت بالدية ولا ولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء
 قتيل البنت ويمدى لا ولياء قتيل الام بكامل الدية وبطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالقداء وخلص
 ملك المولى فيها فصارت جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدراً ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين
 البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى يخير فيهما جميعاً فيبدأ بالبنت لانها هي التى بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء
 الجنائتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا فى المسئلة
 الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل الام بالدية الا ما وصل اليهم من أرش البنت
 ويضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنائتين فتدفع كل واحدة بجنايتها
 طعن في هذا الجواب وقيل ينبغي اذا دفع البنت في الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الام بنصف قيمة الام وأولياء
 قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم في المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبى أن لا يضربوا تمام الدية والصحيح
 ما ذكر في الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت في تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شئ فوجب
 أن يضربوا بجميع ذلك والزيادة التى تظهر لهم في المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد سحبت وقت الدفع فلا تتغير بعد
 ذلك كما قالوا فى رجل مات وعليه رجل ألف ولا آخر ألفان وترك ألفاً فاقسمها أثلاثاً ثم ان صاحب الالفين أبرأ
 الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقص كذا هذا ولو جنت الامة جناية ثم ولدت ولداً فقطع ولدها يدها يدفع
 الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد فى حكم الجنائية على الام بمنزلة الاجنبى فصارت كأن عبد أجنبى قطع يدها ودفع بالجنائية
 وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائماً مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) بيان ما يصير به
 المولى مختار للقداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختار للقداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح
 بلفظ الاختيار وما يجرى مجراه نحو أن يقول اخترت القداء أو آثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً
 أو معسراً فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار القداء ثم
 تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية ديناً عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره القداء
 ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الاولياء ويقال له اما أن تدفع أو تقضى حالا كذا ذكر الاختلاف

في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي حنيفة في جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولى لولي الجناية وهكذا روى عن أبي يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل إلى الذمة فيتعبد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل إليها فيبقى العبد واجب الدفع ولا في حنيفة رحمه الله أن العزيمة ما قالها وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لأنه لا يقدح في الأهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تعقيد المطلق بالإدليس (وأما) الدلالة فهي أن يتصرف المولى في العبد تصرفاً يفوت الدفع أو يدل على امسك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امسك العبد مع العلم بالجناية يكون اختياراً للفداء لأن حق الجاني عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تقويت الدفع تقويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتقويت حقه مع العلم بذلك إلا بما يقوم مقامه وهو الفداء فكان إقدامه عليه اختياراً للفداء وعلى هذا الأصل يخرج المسائل إذا باع العبد ببيعاً بائناً وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأنه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا إذا باع بشرط خيار المشتري أما على أصلهما فلا يشكل لأن المبيع دخل في ملك المشتري (وأما) على أصل أبي حنيفة فلأن خيار المشتري أن كان يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفي دلالة الاختيار لأنه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فإن مضت مدة الخيار قبل مضي المدة كان مختاراً لأن البيع أنبرم قبيل الدفع ولو تقضى البيع لم يكن مختاراً لأن الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختياراً عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختياراً (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك لا ترى أن المشتري بشرط الخيار إذا عرض المشتري على البيع بطل اختياره فكان دليل امسك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفداء بناً (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امسك العبد أيضاً بل هو دليل الإخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار الفداء ولو باعه بيعاً فاسداً لم يكن مختاراً حتى يسلمه إلى المشتري لأن الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من إنسان وسلمه إليه صار مختاراً لأن الهبة والتسليم يزولان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيمادون النفس فوهبه المولى من الجاني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى ولو باعه من الجاني عليه كان مختاراً لأن التسليم بالهبة في معنى الدفع لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لأنه تملك بعوض والدفع تملك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الإقدام على البيع منه اختياراً للفداء وكذلك لو تصدق به على إنسان أو على الجاني عليه فهو والهبة سواء لأن كل واحد منهما تملك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لأن هذه التصرفات تقوت الدفع إذ الدفع تملك وانها تمنع من التملك فكانت اختياراً للفداء ولو كانت جناية العبد فيمادون النفس فأمر المولى الجاني عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختاراً للفداء لأن اعتاقه بأمره مضاف إليه فكان دليل اختيار الفداء كالأعتاق بنفسه ولو قال لعبد أن قتلت فلاناً فانت حر فقتله صار مختاراً للفداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختاراً (وجه) قوله أنه إنما صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختاراً (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزاً عند وجود الشرط بتنجز مبتدأ كأنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره إذا قال لا أمر أنه وهو صحيح إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فاراً عن الميراث حتى ترث المرأة وإن كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى إنسان أن عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم أعتقه صار مختاراً للفداء بلا خلاف وإن كذبه فاعتقه لا يصير مختاراً عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يكن الخبير رجلاً أو رجلاً

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد في الخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة في كتاب الوكالة ولو كانت كتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لقوات الدفع في الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق ينظر في ذلك ان خوصم قبل أن يعجز فقتضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبي يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها لان والده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كانت كتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة هي تعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والترويح بان زوج العبد الجاني امرأة أو زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يثبت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبهه البيع والترويح تعيب فاشبهه التعيب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المقر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره في معنى التملك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا أقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية والمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولي الجناية ولا يخير المولى في القيمة على ما بينا فمقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده أو فقا عينه أو جرحه جراحة أو ضربه ضربا أو ترفيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن الجني عليه جزأ من العبد وحبس السكك دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم في حال البياض فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فتنضاء القاضى نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب في الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية لان الاستخدام ليس باختيارا لمينا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجاني أمة فوطئها المولى فان كانت بكر اقصا مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البسكرة وهي ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان عقلت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يصير مختارا سواء عقلت منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لا بد له من الملك امام ملك النكاح أو ملك اليمين ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس بالاستيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها الحقت بالاجزاء وقد قدر النقصان عند الاستيفاء في غير الملك اظهارا لخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل في الملك فلا حاجة الى الالحاق فان عدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له في التجارة فركبه دين لم يصير المولى مختارا وعليه قيمته (أما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين ولا بعده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقة العبد يوجب نقصا نافي بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته حين لورضى ولى الجناية بقبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم جميع ما يصير به مختار للفداء مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أو على مادون النفس لان الاختيار هنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بمختاره وهو الفداء عن الجناية واختيار الفداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفداء فيضمن القيمة ولو باعه ببيعان وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء القاضى أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أقبل لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصير مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه الفداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختارا للفداء لتعذر الدفع لزال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد انسان أو جرحه جراحة فخير فيه فاختر الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين جميعا وان اختار الفداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسنانا وهو قول أبى يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبى يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبى حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار الفداء بالاعتاق بان عتق العبد للحال حتى صار مختارا للفداء ثم مات الجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار الفداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ولزمه موجبه بالسراية لم تغير أصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار الفداء عن القطع لم يسرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وما متعايران فاختر الفداء عن أحد هالما يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه ر بما يسرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به وهذا المعنى لم يوجد هنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الفداء الواجب عند الاختيار فهو أنها محبب في ماله حالا لا مؤجلا لان الحكم الاصلى لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالحلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع محبب حالا في ماله لا مؤجلا فكذلك الفداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنفا فان كان مدبرا فجنائته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع في بيان ما تظهر به جنائته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته أما الاول فجنائته تظهر بما تظهر به جنائته القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد الاعتاق كجنائته القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما انهما قضيا بجنائته المدبر على مولاه بمحض من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقالة الاجماع ولان الاصل في جنائته العبد هو وجوب الدفع على المولى والتدبير يمنع من الدفع من غير اختيار الفداء والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى كما لو دبر القن وهو لا يعلم الجنائته (أو أما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجنائته الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هي الاقل فلا حق لولى الجنائته في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته وبين الدية لانه لا يخير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد في الجناية لا تزداد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية القن قلت جنايته أو كثرت ولا يجب شئ آخر مع الدفع كذلك هنا وتقسيم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الأول والثاني لان القسمة في دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ماعلى المولى أو لم يقبض يشتركون فيه فيتضار بون بتدريج وقبهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فكأنه أنشأ التدبير عندهما وبين هذه الجناية في مسائل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلاً لان حكم جنايته وجوب الدفع والموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمه ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شئ وعليه قيمته تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يستقط عنه شيئاً فكذا هلاك البعض ولو قتل انساناً ثم قتل آخر لا يلزم المولى الاقيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه الاقيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انساناً خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولي القاتل الاول فالدفع لا يخلو ما ان كان بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان بقضاء القاضى فلا سبيل لولى القاتل الثانى على المولى لانه كان مجبوراً على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع لولى القاتل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احدهما نفساً والاخرى مادون النفس فالثانى يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى القاتل الثانى بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن لولى القاتل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان المولى متعدد في دفع العبد والقابض متعدد في قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انساناً خطأ فدفع القيمة الى ولي القاتل ثم قتل آخر خطأ فهذا والاول سواء في قول أبى حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذى ذكرنا وعندهما لولى القاتل الثانى أن يضمن المولى وله أن يضمن لولى القاتل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس يعتمد في حق لولى القاتل الثانى لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفي الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعدياً فيضمن (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد في حق الاول والثانى جميعاً فصارت الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعدداً في الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضى صيره مجبوراً في الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلاً وقيمه ألف ثم ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القاتل الثانى ألفاً آخر ولا حق لولى القاتل الاول في الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثانى ويقسم تلك القيمة وهي الألف بين أولياء الاول والثانى يتضار بون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الألف على تسعة عشر سهماً عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثانى ولو كانت قيمته وقت قتل الاول ألفين وقت قتل الثانى ألفاً لا يضمن المولى شيئاً والألف تكون لولى القاتل الاول سائماً والألف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهماً عشرة أسهم لولى القاتل الثانى وتسعة أسهم لولى القاتل الاول ولو قتل انساناً

وقيمة الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفاً وخمسمائة ثم قتل آخر فزادته الخمسمائة سالمة لولى القتل الثاني لاحق فيها لولى القتل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والا لكان يكون بين وليي التتيلين يتضاربون فيها فيضرب لولى القتل الاول تمام الدية عشرة آلاف والثاني بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهماً لانا نجعل كل خمسمائة سهماً تسعة عشر لولى القتل الثاني وعشرون لولى القتل الاول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهي انها تجب في مال المولى حالاً لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار القداء وأنه بوجوب القيمة في مال المولى حالاً كما لو دبر العبد الجاني وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالحلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالاً كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأمر الولد في جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب في جنايتهما ضمان المنع أيضاً الا أن جهة المنع تختلف فالمنع في أم الولد بالاستيلاء وفي المدبر بالسب ببلد ذلك استوي في حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتباً فقتل أجنبياً خطأً فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما يظهر به جانيته وفي بيان أصل الواجب ومن عليه وفي بيان كيفية الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان صفته (أما) الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضاً باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلاً واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهر أو لو أقر وصالح ثم عجز فحكمه نذره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جانيته عليه لا على مولاه لانه ليسكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماءنا الثلاثة ان قيمته تصير ديناً في ذمته على طريق القطع والبنات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو القداء عندنا وعندنا ويضع ثمنه الى أولياء القتل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعندنا يجب عليه قيمة أخرى عقيب الاولى ولا خلاف في أنه اذا جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه يجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لأصحابنا الثلاثة أنهم لم يسم الله أن القاضي لما قضى بالقيمة في الجناية الاولى فقد صارت القيمة ديناً في ذمته حتماً من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقة فارغة فتتقضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضي (ولنا) ان الحكم الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لا حتم العجز لانه ربما يعجز فيرد في الرق فيبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته ديناً في ذمته الا من حيث الظاهر والا مرفى الحقيقة على التوقف وانما يرجع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولي التتيل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو باعتق (اما) باداء بدل الكتابة (واما) بالاعتاق المبتدئ أو بالموت عن وفاة أو ولد لانه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته واذا اعتق يتقرر حقه في كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولداً ولم يترك وفاة فقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضي بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعينة أو بالينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤدول كنه عتق بأداء بدل الكتابة أو بعتاق مبتدأ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولدنا قلنا ولولم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة فإقراره باطل في حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لا عجز قبل القضاء فقد انسخ العقد من الاصل وعاد قنأ كما كان فتبين انه أقر على مولاه وإقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان إقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة بطل إقراره في حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أي حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل إقراره في حق المولى ويؤخذ به للحال ويبيع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه بإقراره من حيث الظاهر لصحة إقراره ظاهراً أو بضماء القاضي تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالمعجز كما لو أقر بدين لا نسان ثم عجز ولا يبي حنيفة رحمه الله أن صحة إقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق بكسبه فبطل إقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ما ذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولي الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق بأى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه في قول أبى حنيفة رضى الله عنه ويخاطب المولى بالدفع أو القداء وعندهما لا يبطل ويصير ديناً عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انساناً عمداً ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ بالحال عند أبى حنيفة وعندهما لا يبطل ويؤخذ للحال ولو كان ولي القاتل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ما صالح عليه وينقلب نصيب الآخر ما لا في غير المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبار النصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد أو أدب بنصف الدية على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قوله ما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يباع في حصص المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القن اذا قتل رجلاً عمداً وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا ونصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو القداء بنصف الدية ولومات المكاتب قبل أن يؤخذ شيء من ذلك ولم يترك شيئاً أصلاً ولم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجز اقدمت قنأ والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلاً ورأساً وما تركه يكون للمولى اذا مات عبداً كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة بيد أبى دين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شراً يقول الاجنبى والمولى يتحصان فقال سعيد بن المسيب اخطأ شريح وان كان قاضياً قضاءً زيد بن ثابت أولى وكان زيد يقول يبدأ بدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاءه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعاً ولومات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولومات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت ديناً فمادياً فلا يكون أحدهما بالبداءة به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول أكده وأقوى فيبدأ به ويقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فما بقى يكون للمولى لانه يموت قنأ على ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت ان المكاتب يبدأ بأبى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاه بارش الجناية وان شاء بمال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير في ا كسبه اليه فكان له أن يبدأ بأبى ديونه شاء
وعلى هذا قالوا في المكاتب اذامات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه بأبى الديون شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير
كسبه اليه بخلاف ما اذامات ولم يترك ولدا لان الامر في موته الى القاضي فيبدأ بالاولى فالاولى والله سبحانه وتعالى
أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول أبى يوسف الآخر وهو
قول محمد وفي قول أبى يوسف الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما في الماضي فيحكم (وجهه) قوله الاخير
ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنايته فهو
الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلا حق لولى الجناية في الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من
الكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية
أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم في الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو
عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق
المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما)
صفة الواجب فهي ان يجب عليه حال لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصل في جناية العبد هو الدفع وهذا كاخلف
عنه والدفع يجب عليه حال لا مؤجلا فكذا الخلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى
القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكنا فان كان قنا
فتقتل مولا خطأ فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لاسر ولو قتله عمدا
وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شيء في قوهما وقال أبو يوسف
رحمه الله يقال للذى عفا ما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تقديه بربع الدية (وجهه)
قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما الكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب
نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه ونصفه في نصيب الشريك فما كان في
نصيبه يسقط وما كان في نصيب الشريك يثبت (وجهه) قوهما أن الدية اما أن تجب حكما للمولى والوارث يقوم مقامه
في استيفاء حق وجب له واما ان تجب حكما للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الورثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على
عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولا خطأ فجنايته هدر وعليه السعاية في قيمته لانه لو وجبت الدية لوجب على المولى
لانه لو جنى على أجنبى لوجب الدية عليه فهنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى في قيمة نفسه لان
العتق يثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته لما قلنا ورثته بالخيار ان شاءوا عجلوا استيفاء
القصاص وبطلت السعاية وان شاءوا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانها حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون
مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هي بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما
ينقلب نصيب الآخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده
وليس يجب للمولى على عبده دين وههنا يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن في ايجاب الدية
عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتلت مولا خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر
وانما يختلفان في السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى في قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق
أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرهما فعفا أحدهما سمعت
في نصف قيمتها للذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفوا أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالا وانما وجب عليها
السعاية في نصف قيمتها لان نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب السعاية لانها عتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لأنها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو كانت مملوكة في الحالين بأن قتلت أجنبيا خطأ لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فإن كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية باعتبارنا بالحالين فأوجبنا نصف القيمة اعتباراً إلى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى اعتباراً بحال وجوب السعاية باعتبار الحالين بقدر الامكان ولو كان أحد الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلا نه لو وجب لوجب مشتركاً بينهما ولا يمكن الإيجاب في نصيب ولدها إذ لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراماً للام (وأما) لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فتسمى في جميع قيمتها وتكون بينهما وإن كان مكاتباً فقتل مولاه خطأ فعليه الاقل من قيمته وألدية لان جناية المكاتب على مولاه لا زمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع إلى اكسابه وارش جناياته كالأجنبي لانه أحق باكسابه من المولى وتجب القيمة حاله لأنها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كالتجب على المولى بجناية مدبره وإن كان عمداً فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) إذا كان القاتل والمقتول حريين أو كان القاتل حراً والمقتول عبداً أو كان القاتل عبداً والمقتول حراً فاما إذا كانا عبيدين بأن قتل عبد عبداً خطأ فالمقتول لا يخلو أماناً إن كان عبداً لا جنبياً وأما إن كان عبد المولى القاتل فإن كان عبد الأجنبي بأن كان القاتل قنابلاً مخاطب المولى بالدفع أو القداء سواء كان المقتول قنابلاً ومدبراً أو أم ولد أو مكاتباً وهذا وما إذا كان المقتول حراً أجنبياً سواء كان هناك مخاطب المولى بالدفع أو بالقداء بالدية وهمنا مخاطب بالدفع أو القداء بالقيمة وإن كان القاتل مدبراً أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم الوالد سواء كان المقتول قنابلاً أو مديراً أو مكاتباً كما إذا كان المقتول حراً أجنبياً وإن كان القاتل مكاتباً فعليه قيمة نفسه سواء كان المقتول قنابلاً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً كما إذا كان المقتول حراً أجنبياً هذا إذا كان المقتول عبد الأجنبي فإن كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وإن كان القاتل قنابلاً أو مدبراً أو أم ولد سواء كان المقتول قنابلاً أو مدبراً أو أم ولد أو مكاتباً وإن كان القاتل مكاتباً فجناية عليه لا زمة كأننا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم بالصواب هذا إذا قتل عبداً خطأ فإن قتل عمداً فعليه القصاص كأننا من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسيب أما الأول فنحو النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لانه إذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الأحكام هناك وروداً ههنا دلالة وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد (وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق العامة أو في ملك نفسه ولومات الساقط دون القاعد ينظر إن كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية لا شيء على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فمات منه لا يكون مضموناً عليه ويهدر دم الساقط وإن كان في موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فمات منه يكون مضموناً عليه كما في حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسيب كما في البئر وكذلك إذا كان يمشي في الطريق حاملاً سيفاً أو حجراً أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطأ فيه وحصوله على سبيل المباشرة لو حصل الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لا بسايفاً فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته وهو لا بسه على إنسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلاً لان في اللبس ضرر وراذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول يمكن أيضاً وإن كان الذي لبسه ممالاً يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب إذا كان يسير في الطريق

العامه فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطا في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن قتل
الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا إلى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو قدمت أو
صدمت أو خبطت فهو ضامن إلا أنه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون
المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرم الميراث والوصية لأن فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل
فكان قتلا تسبباً لا مباشرة والقتل تسبباً لا مباشرة لا يتعلق بهذه الأحكام بخلاف الراكب لأنه قاتل مباشرة على
ما بينا والرديف والراكب سواء وعليهما الكفارة ويحرم الميراث والوصية لأن ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما
فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نعتت الدابة برجلها أو بذنها وهو يسير فلا ضمان في ذلك على ركب ولا سائق
ولا قائد والأصل أن السير والسوق والقود في طريق العامة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فلم تسلم عاقبته لم يكن
مأذون فيه فالمتولد منه يكون مضمونا إلا إذا كان ممالا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل إليه
والوطء والكدم والصدم والخبط في السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والنفع مما
لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعب فسقط اعتباره والتحقيق بعدم وقدر وى أن النبي عليه الصلاة
والسلام قال الرجل جبار أى نفعها ولهذا سقط اعتبار ما تار من الغبار من مشى الماشى حتى لو أفسد متاعا لم يضمن
وكذا ما أثارته الدابة بسنن بكها من الغبار أو الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا وأما الحصى الكبار فيجب
الضمان فيها لأنه يمكن التحرز عن آثارها إذا لم يكن ذلك الابتغيف في السوق ولو كبح الدابة بالبحام فنعتت برجلها
أو بذنها فهو هدر لعموم البلوى به ولو أوقف الدابة في الطريق فقتلت انسانا فان كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة
فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نعتت برجلها أو بذنها
أو عطب شئ بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان ركباً أو لا لأن روث الدابة في طريق العامة
ليس بمأذون فيه شرعاً إنما المأذون فيه هو الممر ولا غير إذا الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه
تعدى ما من غير ضرورة فالتولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير أنه ان كان ركباً فعليه
الكفارة في الوطء باليد والرجل لكونه قاتلاً من طريق المباشرة وإن لم يكن ركباً لا كفارة عليه لوجود القتل منه
تسبباً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقعه في الطريق لأنه متعمد في الوقف إلا أن يكون
الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يقفون فيه ذوابهم فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها لأن الامام ان
يفعل ذلك إذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعمداً في الوقوف فاشبه الوقوف في ملك نفسه إلا إذا كان ركباً فوطئت دابته
انسانا فقتلته لأن ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى في المواضع كلها ألا ترى أنه لو كان في ملكه يضمن وكذلك لو
أوقف دابته في موضع اذن الامام بالوقوف فيه كما في سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك إذا أوقف دابته في القلعة لأن
الوقوف في القلعة مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعمداً فيه وكذلك في الطريق ان كان وقف في المحجة فالوقوف
فيها كالوقوف في سائر الطرق العامة ولو كان سائر في هذه المواضع التي اذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائراً أو قائداً
فهو ضامن لأن أثر الاذن في سقوط ضمان الوقف لا في غيره لأن اباحة الوقف فيها استيفيد الاذن لأنه لم يكن ثابتاً قبله
فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالاذن من الامام لأنه كان ثابتاً قبله فبقى الامر فيها على ما كان قبل الاذن
وان كان الوقف أو السير أو السوق أو القود في ملكه فلا ضمان عليه في شئ مما ذكرنا لا في وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو
راكب لأن هذه الافعال تقع تعدياً في الملك والتسبب إذا لم يكن تعدياً لا يكون سبباً لوجوب الضمان فاما الوطء باليد
والرجل في حال السير أو الوقف فهو قتل مباشرة لا تسبباً حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان في
ملكه أو في غير ملكه وسواء كان الذي لحقته الجنابة مأذوناً في الدخول أو غير مأذون لأن التلف حصل بفعله مباشرة
ومن دخل ملك غيره بغير اذنه لا يباح اتلافه ولو لوطء الدابة في غير ملكه فادامت تحول في رباطها إذا أصابت شيئاً بيدها

أو برجلها أو راثت أو بالت فمطب به شيء فذلك كله مضمون عليه لأنه متمعد في الوقوف في غير ملكة ولو انفتح الرباط
 وذهبت من ذلك الموضع فاعطى به شيء فهو هدر لأن معنى التعدي قد زال بزوالها من موضع الوقوف وإن أوقفها غير
 مربوطة فزال عن موضعها بعدما أوقفها ثم جنت على إنسان أو عطى بها شيء فهو هدر لأنها زالت عن موضع الوقف
 فقد زال التعدي فكانها دخلت في هذه المواضع بنفسها وجنت ولو نقرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فأصابت في
 فورها ذلك فلا ضمال عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجاء جبار أي البهيمة جرحها جبار ولا نه لا صنع له في نفاها
 وانفلتت ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فأصابت من فورها ضمن لأن
 سيرها في فورها مضاف إلى إرسالها فكان متمعديا في الإرسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فان عطفك يميناً وشمالاً
 ثم أصابت فلم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لأنها باقية على حكم الإرسال وإن كان لها طريق
 آخر لا يضمن لأنها عطفت باختيارها فينقطع حكم الإرسال وصارت كالمفلتة ولو أرسل طيراً فأصاب شيئاً في
 فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيارات فيمن أرسل باري الحرم فالتلف طيبة الحرم أنه لا يضمن لأنه
 يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلباً حتى عقر رجلاً فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما
 لو أرسل طيراً وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن كما لو أرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله إن كان سائقه أو قائداً
 يضمن وإن لم يكن سائقه ولا قائداً لا يضمن وبه أخذ الطحاوي رحمه الله (وجهه) قول محمد إن العقر فعل السكب
 باختياره فلا صل هو الاقتصار عليه وفعله جبار إلا أنه بالسوق أو القود يصير مغريراً ياباه إلى الاتلاف فيصير سبباً للتلف
 فاشبه سوق الدابة وقودها (وجهه) قول أبي يوسف إن أغراء السكب بمنزلة إرسال البهيمة فالمصاحب على فور
 الإرسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولا يبيح حنيفة رضي الله عنه أن السكب يعقر باختياره والأغراء للتحريض
 وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فغقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره باذنه أو بغيره لأنه لا فعل السكب
 جبار ولم يوجد من صاحبه التسيب إلى العقر إذ لم يوجد منه إلا المساك في البيت وأنه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو
 أصدق القائلين مكابن تعلمون مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولو ألقى حية أو عقر باني الطريق فلدغت
 إنساناً فضاها على الملقى لأنه متمعد في الالتقاء إذا عدلت عن ذلك الموضع إلى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدي
 بالعدول إذا اصطدم فارسان فأنفدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند
 زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعي رحمه الله (وجهه) قول زفر إن كل
 واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل
 نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح
 نفسه وجرحه أجنبي فمات إن على الأجنبي نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روي عن سيدنا علي
 رضي الله عنه أنه قال مثل مذهبننا ولا نكل واحد منهما مات من صدم صاحبه أياه فيضمن صاحبه كمن بني حائطاً في
 الطريق فصدم رجلاً فمات إن الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين أن صدمة نفسه مع صدم صاحبه أياه
 فيه غير معتبر إذ لو اعتبر لما لزم باني الحائط على الطريق جميع الدية لأن الرجل قدمشى إليه وصدمه وكذلك حافر البئر
 يلزمه جميع الدية وإن كان الماشى قدمشى إليها رجلان مدهابلاً حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقط على
 ظهرهما فمات فلا ضمان فيه أصلاً لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لم مات من فعل صاحبه لخر على وجهه
 فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعل نفسه وهو مده قد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وإن
 سقط على وجهيهما فمات فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لأنه لا مخر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط
 أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فمات فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو
 جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقط جميعاً فمات فلا ضمان على القاطع

لانه تسبب في اتلافهما والاتلاف تسببها يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبي في يد أبيه جذبه رجل من يده
والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ورثه أبوه لأن الاب محق في الامساك والجاذب متمعد في الجذب
فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيًا وأحدهما يدعي انه ابنه والآخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي
يدعي انه عبده ديته لانه متمعد في الجذب لأن المتنازعين في الصبي اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذي يدعي
انه عبده فكان امساك المحق وجذب الآخر بغير حق فيضمن رجل في يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب
الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لأن حق صاحب الثوب في دفع الممسك وعليه دفعه بغير
جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب العضوض
ذراعه من فيه فستقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تدريفة الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لأن
العاض متمعد في العض والجاذب غير متمعد في الجذب لأن العض ضرر ولدان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى
جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف
ذلك لأن التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متمعد في الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف
حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصاحفه فجذب يده من يده فاقبل فمات فلا شيء عليه
لأن الآخذ غير متمعد في الآخذ للمصاحفة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذي تعدى على نفسه حيث جذب يده
لأن دفع ضرر لحقه من الآخذ وان كان أخذه ليمصرها فأكاذبه فجر يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتمعد وانما
صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر ولذلك فكان الضمان على المتمعد فان كسرت يد الممسك وهو الآخذ
بالجذب لم يضمن الجاذب لأن التعدى من الممسك فكان جانيه على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم
(وأما) الثاني فتح وجناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئا في الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية
الناخس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (أما) ان كان في غير الملك أصلا (وأما) ان كان في الملك فان
كان في غير الملك ينظر ان كان في غير الطريق بان كان في المقازلة ضمان على الحافر لأن الحفر ليس يقتل حقيقة بل هو
تسبب الى القتل الا ان التسبب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متمعدا في التسبب والمتسبب هنا ليس متمعدا لأن
الحفر في المقازلة مباح مطلق فلا يلحق به فان عدم القتل حقيقة وتقديره فلا يوجب الضمان وان كان في طريق المسلمين فوقع
فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غما أو جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو
اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لأن حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها
اذ لم يعلم وهو متمعد في هذا التسبب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لأن التحميل في القتل الخطأ المطلق للتخفيف
على القاتل نظر الله والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لأن
وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس يقتل أصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل في حق وجوب الدية بقى في حق
وجوب الكفارة على الاصل ولأن الكفارة في الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود
سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمعنى عليه ولا
الوصية ان كان أجنبيا لأن حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبي عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل
وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غما أو جوعا فقد اختلف أصحابنا فيه قال
أبو حنيفة رضي الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا
يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسببا الى الهلاك
ومعنى التسبب موجوده هنا لأن الوقوع بسبب النعم والجوع لأن البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع
والوقوع بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه في موضع حتى مات (وجه) قول أبي يوسف ان الغم من آثار

الوقوع فكان مضافاً الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولا يـ حنيفة رحمه الله أنه لا يصنع للحافر في النعم ولا في الجوع حقيقة لانها محدثان بخلق الله تعالى لا يصنع للعبد فيهما أصلاً لا مباشرة ولا تسبباً أما المباشرة فلا شك في انتفاءها وأما التسبب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لأنه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والنعم ليس من لوازم البشر فانها قد نعم وقد لا تنعم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان أصابته جناية فيسجدون النفس فضاهاها على الحافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذي تتحمله العاقلة حمله عليهم والا فيكون في ماله وكذا اذا كان الواقع غير بني آدم لان ضمان المال لا تتحمله العاقل كمالاً تتحمل سائر الدواب ثم ان جنيات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يسقط شيء من ذلك بشئ منه ولا يشرك المجني عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤخذ بكل واحدة من الجنيات بحياها هذا هو الأصل وان كان الحافر عبداً فان كان قننا جنيته بالحفر بمنزلة جنيته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولى بالدفع أو القداء قلت جنيته أو كثرت غير انه ان كان المجني عليه واحداً يدفع اليه أو يفسد وان كانوا جماعة يدفع اليهم أو يهدى بجميع الاروش لان جنيات القن في رقبة يقال للمولى ادفع أو اقد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون في الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بدمة العاقلة والذمة لا تتضايق عن الحقوق فان وقع فيها واحداً فدفعه المولى الى ولي جنيته ثم وقع آخر يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع فكلما يمتد من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنيته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر أيضاً والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثاني والثالث لاستواء الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة ولو حفر هائم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنيات فذلك على المولى في قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنيات التي كانت قبل العتق وبعده يضرب في ذلك كل واحد بقدر ارش الجناية لان جناية القن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والمولى بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار القداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير سبباً عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبراً أو أرم ولدفع المولى قيمة واحدة قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانياً بسبب الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان كان مكاتباً لجنيته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بشرافى الطريق فجاء انسان ودفع انسا أو ألقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الحافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجراً في قعر البئر فسقط انسان فيها فالضمان على الحافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاع رجل حفر من أسفله ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر محمد رحمه الله في الكتاب يبنى في التماس ان يصمن الاول ثم قال وبه فأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله في الاستحسان الضمان عليهم لا اشتراكهما في الجناية وهى الحفر فيشتركان في الضمان (وجه) القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والحفر من الثاني بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر في قعر البئر فكان الاول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بشرافى انسان وسع رأسها فوق وقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا أطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلاً بحيث يقع رجل في حفرهما (فأما) اذا وسع كثيراً بحيث يقع قدمه في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلاً بحيث يقع قدمه في حفرهما كان الوقوع بسبب

وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما وإذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد من الثاني فكان الضمان عليه ولو حفر بثرانهم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقه فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان كان بالثاني فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبشر والحاقل بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بثر أخرى (فاما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا يرى انه بقى أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولو حفر بثر او سد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقه فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم يندم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفتح أزال المانع وزوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجر في الطريق فتعثر عليه رجل فوقه في بثر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا في الحفر ولو اختلف الحافر و ورثة الميت فقال الحافر هو الذي نفسه فيها متممدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقى نفسه في البئر عمدًا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنتكر مع عينه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذي عشي فيه يرى البئر فتعارض الظاهر ان بقى الضمان على أصل عدمه ولو حفر بثرًا في الطريق فوقه رجل فيها فتعلق بآخر وتعلق الثاني بثالث فوقه واما توافيق في الاصل لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبر واعن حالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة (واما) انه علم ان مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسببا وهو متعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذي قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثاني لان الثاني هو الذي جره الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه فنصفه هدر ونصفه على الثاني لان جره الثاني على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجره الثاني والثالث عليه معتبر فهدر النصف وبقى النصف وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثاني على نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه هو الذي جره الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثالث على الثاني لانه مات بثلاث جنايات أحدها هدر وهي جره الثاني على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثاني بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثاني فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه في البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البئر خاصة فدمه هدر لانه هو الذي جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل نفسه

نفسه حيث جرت الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه في البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنابته على نفسه هدر والثاني فعل غيره وهو جره الاول وابقاعه في البئر وأمام موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه في البئر وديته على الثاني لانه هو الذي جره الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يجوز امان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله وفي الاستحسان دية الاول اثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني وثلث هدر ودية الثاني نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثاني ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول للثاني والجر من الثاني للثالث واطراف الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل في الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع في الاول ثلاثة اسباب كل واحد منها صالح للموت ووقوعه في البئر و وقوع الثاني و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثاني عليه حصل بمجره اياه على نفسه فهدر الثلث وبقى الثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثاني بمجره الثالث على نفسه ووجد في الثاني شيئا من الحفر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بمجره هدر نصف الدية وبقى النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الاسباب واحد وهو جره الثاني اياه الى البئر والاصل في الاسباب اعتبارها ما أمكن واعتبارها يقتضي ان يكون الحكم ما ذكرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا في حفرة فوق فيها انسان فان كانت البئر في فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذ لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله اذ لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر في فناءه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيه الانسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك في فناءه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فناءه فالضمان على الاجير لا على الامر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتدأ الحفر من نفسه من غير امر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الامر لانه غره بالامر بحفر البئر في الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان الضرر وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئرا في الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر في الملاك فان كان في ملك غيره بان حفر بئرا في دار انسان بغير اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد في التسبب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول قول الحافر (وجه) القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهر ألا انه صادف ملك الغير وانه ظور فكان متعديا في الحفر من حيث الظاهر فصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجاني عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاء للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان في ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبب وان كان في فناءه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق ولو استأجر رجلا بمجره بئرا فوقع عليه من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

الربع لانه مات من أربع جنائيات إلا أن جنائية المرء على نفسه هدر فبطل الربع وبقي جنائيات أصحابه عليه فتمتع
ويجب عليهم ثلاث أربع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قضى
على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا ومن ثلاث جوارى ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة
المركوبة فمحصت فسقطت الرأكة فمضى للتي وقصت بثلاث الدية على صاحبها وأسقط الثلث لان الواقصة أعانت
على نفسها وروى أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى سيدنا علي رضي الله عنه على كل واحد
منهم بعشر الدية وأسقط العشر لان المقتول أعان على نفسه ولو استأجر اجراء حرا أو عبدا محجورا ومكاتب
يخفرون له بئزاف وقعت البئر عليهم من حفرهم فأتوا فلا ضمان على المستأجر في الحر ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد
المحجور لمولاه أما الحر والمكاتب فلا ندم لوجود فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان لان استئجارهما وقع
صحيا فكان استعمالهما في الحفر بناء على عقد صحيح فلا يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البئر عليهما حصل
من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه وأما العبد فلان استئجاره لم يصح فصار المستأجر باستعماله في الحفر غاصبا
ايه قد دخل في ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالولى يدفع القيمة الى
ورثة الحر والمكاتب فيتضاربون فيها فيضرب ورثة الحر بثلاث دية الحر وورثة المكاتب بثلاث قيمة المكاتب
وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنائيات بجنائية نفسه وجنائية صاحبيه فصار قدر الثلث
من الحر والمكاتب تالفا بجنائية العبد وجنائية التفرغ توجب الدفع ولو كان قنوا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب
يتضاربون في رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها أيضا فيضرب ورثة الحر فيها
بثلاث دية الحر وورثة المكاتب بثلاث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع
المولى على المستأجر قيمة العبد مرة أخرى ويسلم له تلك القيمة لانه وان رد المصوب الى المصوب منه بردي قيمته اليه
لكنه رده مشغولا وقد كان غصبه فارغ لم يصح رده في حق الشغل فيضمن القيمة مرة أخرى وللمستأجر أن يرجع
على عاقلة الحر بثلاث قيمة العبد لان ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين أن الجنائية حصلت من الحر على ثلث
عبد المستأجر فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ويأخذ ورثة المكاتب أيضا من عاقلته الحر ثلث قيمة المكاتب
لوجود الجنائية من الحر على ثلث قيمته فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ثم يؤخذ من تركته المكاتب بمقدار قيمته
فتكون بين ورثة الحر وبين المستأجر لوجود الجنائية منه على الحر وعلى العبد يضر ورثة الحر بثلاث دية الحر
ويضرب المستأجر بثلاث قيمة العبد لانه جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد فأتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر
مضمون بالدية والعبد بالقيمة وقد ملك المستأجر العبد بالضمان فكان ضمان الوارثة على ملكه والله سبحانه وتعالى
أعلم وقالوا فيمن حفر بئرا في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان
لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن
(ووجهه) ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتا لدلالة الثابت دلالة كالتأب نصابا (وجهه) ظاهر
الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة المسلمين كان حقا لهم والتدبير في أمر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن
الامام كالحفر في دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذي ذكرنا حكم الحافر في الطريق وكذلك من كان في معنى
الحافر من يحدث شيئا في الطريق كمن أخرج جناحا الى طريق المسلمين أو نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات أو
بنى دكانا أو وضع حجرا أو خشبة أو متاعا أو قعد في الطريق ليستريح فمات بشئ من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره
فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جنائية من قتل أو غيره أو صاب ماء في الطريق فزلق به انسان فهو
في ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشياء وهو متعمد في
التسبب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالتولد من الرمي ثم ما كان من الجنائية في بني آدم تتحملها العاقلة اذا بلغت

القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشرة دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها في غير بني آدم يكون في ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى عرفناه بنص خاص في بني آدم بهذا القدر فبقى الامر فيادونه وفي غير بني آدم على الاصل ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث لو كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية لو كان أجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كنانسة في الطريق فمطب بها انسان أنه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو في الوضع متعمد وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدي منه اذا الطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من أهل الانتفاع به كالدائر المشتركة ولو سقط الميزاب الذي نصبه صاحب الدار الى طريق المسلمين على انسان فقتله ان أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لانه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان أصابه الطرف الخارج الى الطريق يضمن لانه متعمد في اخراجه الى الطريق وان أصابه الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعمد في النصف لا غير وان كان لا يدري فالقياس أن لا يضمن شيئا لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لا يضمن وان كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا فوقع الشك في وجوبه فلا يجب بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف الطرف الذي أصابه انه الداخل أو الخارج يجعل كأنه أصابه الطرفان جميعا كما في العرق والحرق انه اذا لم يعرف التقدم والتأخر في موتهم يجعل كأنهم ماتوا جملة واحدة في أو ان واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيئا مما ذكرنا في المسجد بأن حفر به في المسجد لاجل الماء أو بني فيه بناء دكانا أو غيره فمطب به انسان فان كان الحافر والباني من أهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير أهله فان فعل باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الى أهل المسجد فافعله لا يكون مضمونا عليهم كالأب أو الوصي اذا فعل شيئا من ذلك في دار اليتيم ومتولى الوقف اذا فعل في الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف في المسجد بغير اذن أهل المسجد فاذا فعل بغير اذنهم كان متعديا في فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديل أو بسط حصيرا أو ألقي فيه الحصى فان كان من أهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من أهل ذلك المسجد فان فعله باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن (وجه) قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من آحاد المسلمين بسبيل من اقامة مصالحه ولان هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص الا لان أهل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبناء لا في القنديل والحصير كالمالك مع المستعير للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار الاعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير في مصالح المسجد الى أهل المسجد لا الى غيرهم بدليل أن لهم ولا يمتنع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله فالتولد منه يكون مضمونا عليه كالأب وضع شيئا في دار غيره بغير اذنه فمطب به انسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر في مصالحه كالكمبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنوشية بمفاتيحها حتى روى أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكمبة منهم ودفعه الى عمه العباس رضي الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تبارك وتعالى برده الى بني شيبه بقوله تبارك وتعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ولو جلس في المسجد فمطب به انسان ان كان في الصلاة لا يضمن الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لان المسجد بني للصلاة فلو أخذ المصلي بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وان جلس الحديث أو نوم فمطب به انسان يضمن في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصلًا بسبب هو متعدي فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس في داره فعبر عليه انسان فمطب به انه لا يضمن كذا هذا ولا يبي حنيفة رضى الله عنه ان المسجد بنى للصلاة لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما لو جلس في الطريق للاستراحة فمطب به انسان أنه يضمن لان الطريق جعل للاجتناب لا للجلوس واذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لا انتظار الصلاة أو لقرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قرينة لا يضمن فاذا جلس لقرينة فهو أولى وأما على أصل أبي حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المتظار للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس في الصلاة حقيقة وإنما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم ومن هذا الجنس جنائز السائق والقائد بان ساق دابة في طريق المسلمين أو قاده فوطئت انسا نأبيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يدور الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكبا إلا أنه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطئ دابته انسا نأبيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام تتعلق بثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب لا من غيره وان كان أحد هما سائقا والآخر قائدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا في التسبيب فيشتركان في الضمان وكذلك اذا كان أحد هما سائقا والآخر راكبا أو كان أحد هما قائدا والآخر راكبا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما إلا ان الكفارة تجب على الراكب وحده فيما وطئت دابته انسا نأقتله لوجود القتل منه وحده مباشرة فان قاد قطار فأصاب الاول أو الآخر أو الاوسط انسا نأبيدها أو رجل أو صدم انسا نأقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا في الطريق أو حفر فيه بئرا فان كان معه سائق في آخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السائق في وسط القطار فأصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيئا فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سائق والاو له قائد وما خلفه هـ له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذي في وسط القطار فلا نه بسوقه ما بين يديه قائدا لما خلفه لان ما خلفه ينه اد بسوقه فكان قائدا له والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بيننا وان كان أحيا نافي وسط القطار وأحيا نأيتأخر وأحيا نأيتقدم وهو يسوقها في ذلك فهو الاول وسواء لانه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة أحدهم في مقدمة القطار والآخر في مؤخر القطار وآخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المتقدم يقود فأصاب الذي قدام الوسط شيئا فذلك كله على القائد لان التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذي خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذي في الوسط لانهما قائدان لما بيننا وعلى المؤخر أيضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شيء عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فالتلف بذلك فضائه عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه يزجر الا بل فيزجر ن يسوقه وعلى الا بل قوم في المحامل نيام فوطئ بعير منها انسا نأقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة أما السائق والقائد فلا نهما مقربان القطار الى الجناية فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذي وطئ فلا شك فيه لان التلف حصل بفعله

(وأما) الرابكون امام البعير الذى وطئ* فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ* ضرورة فكانوا مسببين للتلف أيضا فاشتروا في سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على ركب البعير الذى وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وتقل الدابة الا أن الدابة آت له فكان الاثر الحاصل بفعله مضيا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطئ لا يزجر الا بل ولا يسوقها راكبا على بعير منها أو غير راكب فلا ضمان على أحد منهم لانهم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذ لم يسوقوا البعير الذى وطئ ولم يقودوه فصاروا كمتاع على الابل ولو قاد قطارا وعلى بعير في وسط القطار راكب لا يسوق منه شيئا ف ضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة و ضمان ما خلفه عليهما جميعا لان راكب غير سائق لما بين يديه لان ركو به لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا لياه اذ لم يسقه ولكنه سائق لما ركه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحته واذا كان سائقا له كان قائدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل و ربط اليه بعير فوطئ البعير انسا نا فالقائد لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ثم عاقبته يرجعون على عاقلة الرابط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسييبا و ضمان القتل ضمان اطلاق وان لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فلان الرابط متعدي في الربط وهو السبب في لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفالا تقاد فجاء رجل و ربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فقاد البعير مع فوطئ البعير انسا نا فقتله الدية على القائد يتحمل عنه عاقبته الا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى في الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد أزال تعديه فيزول الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا في الطريق فجاء انسان فد حرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثانى لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدى ليزول بالاتصال عنه فبقى التعدى ببقاء الربط وان كان القائد علم بالربط في المسألتين جميعا فقاده على ذلك فوطئ البعير انسا نا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقبته ولا ترجع عاقبته على عاقلة الرابط لانه لما قادم مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة في ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولوربط بامر به كان الامر على ما وصفنا كذا هذا ولوسط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه في شد الحزام فكان مسببا للقتل متعديا في التسييب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جنابة الناحس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (أما) أن يكون عليها راكب (وأما) أن لا يكون عليها راكب فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون في موضع أذن له بذلك (وأما) أن يكون في موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نحس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الراكب فتمتحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نقرت فصدمت انسا نا فقتلته فان فعلت شيئا من ذلك على فور النخسة والضرر به فالضمان على الناحس والضارب يتحمل عنهما عاقبتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفا أو سائرا وسواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير في ملكه أو في طريق المسلمين أو في ملك الغير أو كان يقف في ملكه أو في سوق الخيل ونحوه أو في طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعدي في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعدي في التعدى والناخس متعدي في التعدى وكذا الضارب فاشبهه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ضمن الناحس دون الراكب وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ولم يعرف

الانكار من أحد فيكون اجماعاً من الصحابة وانما شرط القور لوجوب الضمان على الناحس والضارب لان الهلاك عند سكون القور يكون مضافاً الى الدابة لا الى الناحس والضارب ولو نجسها أو ضرب بها وهو سائر عليها فوطئت انسا نأقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناحس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفاً عليها لما قلنا ونجس الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا في الراكب مع السائق أو القائد ولو نجسها أو ضربها فوثبت والقتل أراكب فالناحس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هومته فيه وهو النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلحقه ولكنها جمحت به فما أصابت في فورها ذلك فعلى الناحس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سبباً للهلاك وهو متعد في التسبب فان فتحت الدابة الناحس أو الضارب فتتلت فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نجس أو ضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائراً فيما أذن له بالسير فيه بان كان يسير في ملك نفسه أو في طريق المسلمين أو واقفاً فيما أذن له بالوقوف بان وقف في ملك نفسه أو في سوق الخيل وغيره من المواضع التي أذن بالوقوف فيها فنفتحت الدابة برجلها انسا نأقتلته فلا ضمان على الناحس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره بما يملكه بنفسه فصاح أمره به فعبار كانه نجس أو ضرب بنفسه فنفتحت وقد ذكرنا ان النفحة في حال السير والوقوف في موضع اذن بالسير أو الوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائراً فيما لم يؤذن له بالسير بان كان يسير في ملك الغير أو كان واقفاً فيما لم يؤذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفاً في ملك غيره أو في طريق المسلمين فنفتحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناحس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناحس أو الضارب نجس أو ضرب لها باذن الراكب وهو راكب وهو يملك ذلك بنفسه فانتقل فعله اليه فكان فعله بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناحس أو الضارب مع الراكب اشتركا في سبب وجوب الضمان أما الناحس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدي (وأما) الراكب فلا نه صار بالامر بالنخس أو الضرب ناخساً أو ضارباً بالنفحة المتولدة من نجسه وضربه في هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبب لا بالمباشرة هذا اذا فتحت فاما اذا صدمت فان كان الراكب سائراً أو واقفاً في ملك نفسه فلا ضمان على الناحس والضارب ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامر والصدمة في الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائراً أو واقفاً وان كان سيره أو وقوفه في طريق المسلمين أو في ملك الغير فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان الراكب واقفاً في موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان في طريق المسلمين واقفاً كان أو سائراً وكذا في ملك الغير فيتأني فيه الخلاف الذي ذكرنا في النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا فتحت أو صدمت فاما اذا وطئت انسا نأقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائراً أو واقفاً في أي موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناحس ونجس الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناحس كالراكب مع السائق والقائد ان الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذي ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب فان لم يكن لاسائق ولا قائد فنخسها انسان أو ضربها فما أصابت شيئاً على فور النخسة والضربة فضمنانه على الناحس والضارب في أي موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو متعد في التسبب فالتولد منه يكون مضموناً عليه وان كان عليها سائق أو قائد فنخس أو ضرب

بغير أمره فتفحمت أو تقرت فصدمت أو وطئت انسا نأقتلته فالضمان على الناحس أو الضارب لا على السائق والقائد في أى موضع كان الناحس والقائد لأن الناحس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس أو الضرب كأنه دفع الدابة على غيره وكذلك اذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما يسوق الآخر فنخس أو ضرب بغير إذن واحد منهما فالضمان على الناحس والضارب لا عليهما في أى موضع كان الناحس والقائد لما ذكرنا أن الناحس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعتمد من السائق والقائد وان كان كل واحد منهما أمره بذلك فتفحمت فان كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناحس والضارب وان فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لان فعله يضاف اليه كالسائق أو القائد وان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بان كان في ملك الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناحس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة وان صدمت فقتلت انسا نأ فان كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لان فعل الناحس أو الضارب بأمر السائق أو القائد مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وان كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطئت انسا نأقتلته فهو على الاختلاف أيضاً سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق أو القود فيه أو لم يكن لان الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وان وطئت تجب القيمة بلا خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناحس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سماعه عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القليل جناية الحائط المائل اذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعض به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو اما ان بنى مستويا مستقيماً ثم مال (واما) ان بنى مائلا من الاصل فان بنى مستقيماً ثم مال فيلانه لا يخلو اما أن يكون الى الطريق (واما) ان يكون الى ملك انسان فان كان الى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذا وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان نافذا فسقط فعطب به شيء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط اذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبب الى الاتلاف بترك النقص المستحق مع القدرة على النقص لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهواة في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقص فقد لزمه ازالته يده عنه بهدم الحائط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعديا باستمقاع يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل في ما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقص حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شيء لا ضمان على صاحب الحائط لان الضمان يجب بترك النقص المستحق لان به يصير متعديا في التسبب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة بصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فاذا قل ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصما عن الباقيين سواء كان الذي تقدم اليه مسلماً أو ذمياً حراً أو عبداً بعد ان كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبيهاً بعد ان كان عاقلاً وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالتسبب الضرر عنه الا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذوناً بالتصرف لان كلام المجنون والحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم وينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ما ذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا اني قد
تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط
المطالبة بالنقض فتقع الحاجة الى الاشهاد لاثبات الطلب عند القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون
الاشهاد حتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا اذا أنكر يجب عليه
الضمان فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ونظيره ما قلناه في الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد
للحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشتري بالطلب يثبت حق الشفعة وان لم يشهد على الطلب
وكذا لو وجد الطلب يثبت الحق له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وكذا الاشهاد في باب اللقطة على أصل أبي
حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة ولو طول صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حتى
سقط الى الطريق فمضى بنقضه انسان فمطوب به فان كان قد طول بدفع النقض يضمن لانه اذا طول بالرفع لزمه الرفع
فاذا لم يرفع صار متعدياً فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبي يوسف وعند محمد يضمن
وجه قوله انه لما طول بالنقض فلم ينقض حتى سقط صار متعدياً بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيه
فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبي يوسف ان الحائط قد زال عن
الموضع الذي طول فيه لا تتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبة أخرى
كمن وضع حجر في الطريق فدحرجه الرياح الى موضع آخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا ههنا
بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذي هو محل الجناية فلا يحتاج الى مطالبة
أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد
منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب
الملك لان هواء ملكه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفرغ اليه فان كان في الدار ساكن
كالمتأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لان الساكن له حق المطالبة
بازالة ما يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهواء أيضاً ولو طول صاحب الحائط بالنقض فاستأجر
الذي طاله أو استأجر القاضى فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار
رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط والله
سبحانه وتعالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق في الطريق للجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد
تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطاً لحق الجماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان
الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطاً
لحق نفسه فيما ملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجر او حفر فيها بئراً أو بنى فيها بناءً وأبرأه صاحب الدار منه كان
برئاً ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له فيما ملك اسقاطه كانه
فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلي النقض سفه
فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصبح مطالبة المستودع والمستعير والمتأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية
النقض فتصبح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض ويقضى الدين فيصير متعدياً بترك النقض
وتصبح مطالبة الاب والوصى في هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقض حتى سقط يجب الضمان
على الصبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصى مضاف الى الصبي لقيامهما مقام الصبي والصبي
مؤاخذ بفاعله فيضمن وتحمل عنه عاقبته فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ سواء وعلى
هذا يخرج ما اذا كان الحائط المائل للجماعة فطول بعضهم بالنقض فمضى بنقض حتى سقط فعطب به شيء ان القياس

أن لا يضمن أحد منهم شيئاً وفي الاستحسان يضمن الذي طوب وجه القياس أنه لم يوجد من أحد منهم ترك النقص المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقص فظاهر (وأما) الذي طوب به فلأن أحد الشركاء لا يلي النقص بدون الباقين وجه الاستحسان أن المطالب بالنقص ترك النقص مع القدرة عليه لأنه يمكنه أن يخاصم الشركاء ويطالبهم بالنقص إن كانوا حضورياً وإن كانوا غيباً يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره القاضي بالنقص لأن فيه حقاً لمصلحة المسلمين والأمام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقص نصيبه ونصيب الغائبين فإذا لم يفعل فقد صار متعدياً بترك النقص المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما أن أنصبا الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله إن على الجارح النصف لأن عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشيء الواحد. كذا هذا ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفاً في نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقص وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لأنه إنما يصير متعدياً بترك النقص عند السقوط كأنه أسقطه فإذا لم يبق له ولاية النقص عند السقوط لم يصير متعدياً بترك النقص فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما إذا طوب بالنقص فلم ينقص حتى باع الدار التي فيها الحائط من إنسان وقبضه المشتري أو لم يقبضه ثم سقط على شيء فعطب به أنه لا ضمان على البائع لانعدام ولاية النقص وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشتري أيضاً لانعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبين ما إذا اشترع جناً إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على إنسان أنه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قليل البيع لكونه متعدياً باشرع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما يتعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعدياً بترك النقص المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقص فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما إذا طوب الاب بنقص حائط الصغير فلم ينقص حتى مات الاب أو بلغ الصبي ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لان قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت. والله تعالى أعلم (ومنها) إمكان النقص بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقص في مدة يمكنه تقضيه ولكنه ذهب يطلب من ينقصه فسقط الحائط فتلف بدون الامكان حتى لو طوب بالنقص فلم يفرط في تقضيه ولكنه ذهب يطلب من ينقصه فسقط الحائط فتلف به شيء لا ضمان عليه لأنه إذا لم يتمكن من النقص لم يكن ترك النقص متعدياً بقى حق الغير حاصلاً في يده بغير صنعته فلا يكون مضموناً عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجنائية وكيفية الواجب بهذه الجنائية ما هو الواجب بحسنها من جنائية الخاف ومن في معناه وجنات السائق والقائد والناسخ وهو ما ذكرنا أن الجنائية أن كانت على بنى آدم وكانت نفساً فالواجب بها الدية وإن كانت مادون النفس فالواجب بها الارش فإذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الأنثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل مادون ذلك ولا ما يجب بالجنائية على غير بنى آدم بل يكون في ماله ما ينفقاً فيما تقدم إلا أن ظهور الملك لصاحب الحائط في الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهي البيئة شرط تحمل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكاً لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البيئة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم اليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له يريده عند الانكار أما الشهادة على الملك فلأن الملك وإن كان ثابتاً بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره أذهو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الإثبات بالبيئة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينه عند الانكار (وأما) الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدي لانه ما لم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في القسامة هذا الذي ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والقصاص والكلام في القسامة يقع في مواضع في تفسير القسامة وبيان محلها وفي بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفي بيان سبب وجوب القسامة والدية وفي بيان من يدخل في القسامة والدية وفي بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أى حسن جميل وفي صفات النبي عليه الصلاة والسلام قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الان في عرف الشرع تستعمل في اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل الحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الاولياء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعي رحمه الله ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة وكان بين دخوله الحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولى عين القتال فان عين القتال يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان في قول يقتل القتال الذي عينه كما قال مالك رحمه الله وفي قول يغرمه الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل الحلة فاذا حلفوا الاشئ عليهم كافي سائر الدعاوى احتياج وجوب القسامة على المدعى بحديث سهل بن أبي خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب خيبر ف جاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحبيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبي عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويصة واما محبيصة الكبير منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا في قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منهم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف تقسم على ما لم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتيل فدل أن اليمين على المدعى (ولنا) ما روى عن زيد بن أبي مريم انه قال جاء رجل الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله انى وجدت أخى قتيلا في بني فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من أخى الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل الحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة و روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد في بني اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ففضى في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال لهم النبي عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناس موسى أى بالوحى وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك رحمه الله بإيجاب القصاص به لان النبي عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم في قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقر بهما وأزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا علي رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهم من أحد من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل فنيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه

عليه الصلاة والسلام دعاهم الى ايمان اليهود فقالوا كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون وهذا يجري مجرى الرد لما دعاهم اليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له في بين المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نحلف على ما لم نشهد وهذا أيضا يجري مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكر واذلك لعدم علمهم بالخوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استخار عرض اليمين عليهم ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بايمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون على الاستفهام أى يحلف اذا الاستفهام قد يكون بخلاف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض الدنيا أى تريدون كما روى في بعض ألفاظ حديث سهل أن يحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والآنكار عليهم كما قال الله تبارك وتعالى ألحكم الجاهلية بينكم حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغي أن لا يكون شئ من الايمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا في القسامة استثنى القسامة فينبغي أن لا تكون اليمين على المدعى عليه في القسامة لان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا في القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثاني اليمين على الواجب على المدعى عليه الا في القسامة فانه يجب معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا في القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متممين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للتمتهم وقال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المنعم ولا لدافع المغمم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما رويها من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره ويصدق مولا فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الخالفين عبد كالرمل في الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمي في الطواف اظهارا للجلادة والقومة آة للكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ثم بقى الرمل سنة في الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمي في الطواف ويقول مأهز كتنى ولم أحدا رأته لكفى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمربيا أو مجنوناً أو عبداً محجوراً عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه في ما يحلف بالله ما علمت له قاتلاً لانه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

فصل في ما شائط وجوب القسامة والدية فانواع منها أن يكون الموجد قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتسب انه مات حتف أنفه واحتسب أنه قتل احتمل على السواء فلا يجب شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد في المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجدوا الدم يخرج من فيه أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب التي والرافع وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضطراً إلى ضرب حادث فكان قتيلاً ولهذا الوجود هكذا في المعركة كان شهيداً وفي الأول لا يكون شهيداً ولو مر في محلة فاصابه سيف أو خنجر فخرجه ولا يدري من أى موضع أصابه فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان في الوجهين جميعاً وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله وجهه قول أبي يوسف ان الخروج اذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة مادون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجدته مطوع اليد في المحلة ولهذا لم يكن صاحب فراش فلا شيء فيه كذا هذا (وجهه) قول أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلاً من حين وجودها فكان قتيلاً في ذلك الوقت كانه مات في المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لأنه اذا لم يصبر صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلاً في المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتل أكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمى قتيلاً لان لكل حركم الكل ولو وجد عضو من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الأقل من النصف لا يسمى قتيلاً ولا نالوا وجبنا في هذا القدر القسامة ولا وجبنا في الباقي قسامة أخرى فيؤدي الى اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان كان النصف الذي فيه الرأس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الرأس اذا كان معه يسمى قتيلاً واذا لم يكن لا يسمى قتيلاً لان الرأس أصل ولا نالوا وجبنا في النصف الذي لا رأس فيه للزمننا الايجاب في النصف الذي معه الرأس فيؤدي الى ما قلنا وان وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لان الرأس وحده لا يسمى قتيلاً وان وجد النصف مشقوقاً فلا شيء فيه لان النصف المشقوق لا يسمى قتيلاً ولان في اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا في صلاة الجنائز اذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان كان قتيلاً يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتيلاً يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) ان يكون القتل من بني آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة في نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر في سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لان اليمين في الشرع جعلت دافعة للاستحقات بنفسها كما في سائر الدعاوى الا اننا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع في بني آدم خاصة فبقى الامر فيما وراءهم على الأصل ولهذا لم تجب القسامة والعرامة في سائر الاموال كذا في البهائم وتجب في العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلاً في غير ملك صاحبه لانه آدمي من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص في العمد والكفارة في الخطأ وتغرم العاقلة قيمته في الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي ولهذا قال تجب قيمته في القتل الخطأ بالغلة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتل مسلماً أو ذمياً عاقلاً أو مجنوناً بالغاً أو صبيّاً ذكر أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية في مطلق قتل أخيه به في بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لا يستفسر ولان دم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية في العمد والخطأ فيكون مضموناً بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلاً في محلة المسلمين أو في محلة أهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصاري رضي الله عنه وجد قتيلاً في قلب من قلب خير وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمي لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا مانع بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) انكار المدعى عليه

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فينفي وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في سائر الايمان ولهذا كان الاختيار في حال القسامة الى اولياء القتيل لان الايمان حقتهم فلهم أن يختاروا من يثمنونه ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين في باب القسامة حق مقصود بنفسه لانه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم وروى ان الحرث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا وروى انه قال فبم يطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين في سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هى وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برى أو لا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شئ وهذا لو لم يحلفوا ولم يقر واو بذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروى عن أبى يوسف انهم لا يجبسون والدية على العاقلة ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا آيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يغرمهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لا حدولا فى يد أحد فان لم يكن ملكا لا حدولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان فى يد أحد يد العموم لا يد المخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة مخصوص لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية انما تجب بترك الحفظ اللازم على ما ذكرنا فاذ لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحد حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان فى يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية على الكل لا مكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال ما لهم فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل فى فلاة من الارض ليس بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب الموضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان من توابع أقرب الموضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على ما ذكره ولو وجد فى نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجرى به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لا حدولا فى يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهى تسير وليست فى يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه الدابة تابع لأقرب الموضع اليه فكان فى يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجرى به ولكنه كان محتسبا فى الشط أو مر بوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا لاحد فعلى أقرب الموضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فكان لهم تصرف فى الشط فكان الشط فى أيديهم وكذلك لو كان فى الجزيرة فعلى أقرب الموضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون فى تصرفهم فكانت

في أيديهم وان وجد في نهر صغير مما يقضى فيه بالشقعة للشركاء في الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتل محتسباً أو من بوطا على الشط أو كان النهر يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكاً لا ربا به كان الموضع الذي يجري به مملوكاً لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في قتل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصر واضمنوا بيت المال ما لهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة في قتل في سوق العامة وهي الاسواق التي ليست بعملوكه وهي سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكه وليس لاحد عليها يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير في بيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد في مسجد جماعتهم لا قسامة والدية في بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكاً تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة في قتل يوجد في السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن في السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه ولان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بنى لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف في السجن فكان لهم يد على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتل ملكاً لصاحب الملك الذي يوجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا في دار مولاه لانه ملكه ووجوده في داره قتيلا كبشارة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارثه جناية حر فكان كسبه وارثه له والمولى فيه كالاجنبي ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضمونا بمقدار الكتابة والعقد ثبت في حق المولى والمكاتب لا في حق العاقلة وفي المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين لتعلق حق الغرماء بآلتيه وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حاله في ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بآلتيه فكان هذا ضمان الاستهلاك فيكون في ماله حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لاشئ فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جاني جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنانيته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا في دار الرهن أو المرتن فان وجد قتيلا في دار الرهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما يوجب الضمان بمقدار الرهن والعقد ثبت في حق الرهن والمرتن لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده في داره قتيلا كبشارة القتل منه كمبدليس رهن وجد في داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة عليه كذاهما (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبها هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقتصرا بترك الحفظ الواجب فيؤخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحمل على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه اذا اخص بالموضع ملكاً أو يد بالتصرف كانت منفعة له فكانت النصرة عليه اذا اخرج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتل اذا وجد في موضع اخص به واحد او جماعة اما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للهمة

والدية لوجود القتييل بين أظهرهم وإلى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه حينما قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فليحقن دماءكم وأما أموالكم فلو جود القتييل بين أظهركم وإذا عرف هذا فنقول القتييل إذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للأحاديث واجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا ولا نحفظ المحلة عليهم وتقع ولاية التصرف في المحلة عائد إليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا إذا وجد في مسجد المحلة أو في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فإن لم يكمل العدد خمسين رجلا تكرر بالإيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لما روى عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه أنه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحد أو كر عليه اليمين حتى تكلمت خمسين يمينا وكان ذلك بحضور الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون أجماعا ولأن هذه الإيمان حق ولي القتييل فله أن يستوفيهما ممن يمكن استيفاءهما منه فإن أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وإن لم يمكن يستوفى عدد الإيمان التي هي حقه وإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لأن موضوع هذه الإيمان على عدد الخمسين في الأصل لا على واحد وإنما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وإن كان في المحلة قبائل شتى فإن كان فيها أهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشتريين جميعا (وجه) قوله أن الوجوب على أهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشتريين ولهذا إذا لم يكن من أهل الخطة أحد كانت القسامة على المشتريين (وجه) قولهما أن أهل الخطة أصول في الملك لأن ابتداء الملك ثبت لهم وإنما انتقل عنهم إلى المشتريين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشتريين فكانوا أولى بإيجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالأجنبي فبأبى واحد منهم لا ينتقل إلى المشتري وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالسكوفة وكان تدير أمر المحلة فيها إلى أهل الخطة وأبو يوسف رأى التدبير إلى الإشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطة أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف في الحقيقة لأن كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فإن قد أهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف عليهم جميعا لما روى أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خير وكانوا سكانا ولا نللساكن اختصاصا بالدار يدا كما أن للمالك اختصاصا بملكها ويد الخصوص تكفي لوجوب القسامة (وجه) قولهما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لأن اختصاصه باختصاص ملك وأنه أقوى من اختصاص اليد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما إيجاب القسامة على يهود خير فمنوع أنهم كانوا سكانا بل كانوا أملاكا فإنه روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الجزية ولو وجد قتييل في سفينة فإن لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من يدها ممن يملكها أولا يملكها وإن كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا في الظاهر يؤيد قول أبي يوسف في إيجاب القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لأن السفينة تنقل وتحول من مكان إلى مكان فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة إذا وجد عليها قتييل بخلاف الدار فإنها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمتها حكم السفينة لأنها تنقل وتحول ولو وجد القتييل معه رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لأن القتييل في يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله فكش يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبي يوسف وقال أبو يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه يضمن (وجه) القياس أن الحامل قد ثبتت يده عليه بجرحه فإذا مات من الجرح فكانه مات في يده وهذا يترفع على من جرح في قبيلة فتحامل إلى قبيلة أخرى

فات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد وعليها ركب فعليه القسامة والدية
لانه في يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتييل في أيديهم فصار كانه وجد في دارهم وان
وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا ركب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لا حدا فالقسامة والدية على المالك وان
كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الأمصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو
هدرا قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة في محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد في فلاة من الارض أنه
ينظر ان كان ذلك المكان الذي وجد فيه ملكا لا لسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع
اليه من الأمصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدرنا قلنا وذكر في
الاصل في قتييل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي
عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين في قتييل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه في
قتيل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضي الله عنه ان قس بين القريتين
فأيهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتييل الى وادعة أقرب فالزموا القسامة والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذي وجد فيه القتييل كذا ذكر محمد في الاصل حكاه السكرخي رحمه الله والفقهاء
ما ذكرناه فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد في المعسكر في فلاة من الارض
فان كانت الارض التي وجد فيها لها رباب فالقسامة والدية على رباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع
وحفظه فكانوا أولى بإيجاب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهم لان المعسكر كالسكان والقسامة على الملاك
لا على السكان على أصلهم (فأما) على أصل أبي يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان يكن في ملك
أحد بان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء أو الفسطاط وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب
الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل المعسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد
فيها قتييل لا على أهل المحلة كذا ههنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخبية والفساطيط منهم
القسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الاقرب أولى بإيجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رضي
الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة على هذه
الرواية هذا اذا لم يكن انعسكر لقواعد وان كانوا قد لقوا عدوا فالتوا فلا قسامة ولا دية في قتييل يوجد بين أظهرهم لانهم
اذا لقوا عدوا وقتلوا فالظاهر ان العدو وقتله لا المسلمون اذا المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتييل في أرض رجل
الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان
صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بإيجاب القسامة والدية عليه كصاحب
الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتييل في دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار
وعلى عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلته حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل
هكذا ذكر فيه وقال السكرخي رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا في المصد دخلوا في القسامة وان كانت غائبة
فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته أما دخول العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا
فهو قولهما وظاهر قول أبي يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضي أن لا يدخلوا في القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله
انه لما لم يثبت الدية لزمهم القسامة كاهل المحلة ولا يوجب أن صاحب الدار أخص بالنصرة وبالولاية والتهمة فلا
يشاركه العاقلة كما لا يشارك أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار
ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة

فيشاركونه في القسامة أيضاً وهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ما ذكره السرخي رحمه الله لأن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لأنه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهةهم إلا أنه يجب عليهم الدية لأن وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين إذا كان صبياً أو مجنوناً أو خاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فظاهر لأنهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعهد بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فأنما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يداؤه بوجوده وسواء كان الملك الذي وجد فيه القتيل خاصاً أو مشتركاً فالقسامة والدية على أرباب الملك لاقائلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهم وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد أرباب الدار لا قدر الانصباء كما في الشفعة لأن حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساوى في استحقاق الشفعة لأن الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وأنه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر في الجامع الصغير فيمن باع داراً ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشتري أن القسامة والدية على البائع إذا لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فعلى من الدار في يده في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الدية على مالك الدار إن لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشتري لأن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن الملك المشتري إذا لم يكن فيه خيار وكذا إذا كان الخيار للمشتري لأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده فإذا كان الخيار للبائع فالملك له لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بخلاف (وجه) قولهما أنه إذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري وإنما للبائع صورة يدين غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشتري وإذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لأنهم إذا صادرت للبائع فقد أفسخ البيع وجعل كأنه لم يكن وإن صادرت للمشتري فقد أبرم البيع وتبين أنه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لأنه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليدوان كانت اليد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يدين غير تصرف فأولى أن لا يعتبره لكن لا إشكال في الحقيقة لأن الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة إلا أنه يضاف الحفظ إلى الملك لأن استحقاق اليد به عادة في مقام مقام اليد فكانت الإضافة إلى ما به حقيقة الحفظ أولى إلا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن وإذا وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما رحمهما الله لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادفهم والدار ملكه وإنما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس يقتل لأن القتل فعل القاتل ولا يصنع لأحد في الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل إلى إيجاب الضمان على الورثة وعواقبهم ولأن وجوده قتيلاً في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كأنه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرًا ولا أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاعتبار في القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقبهم محب كالأول وجد قتيلاً في دار ابنه فإن قيل كيف يجب الدية عليهم وعلى عواقبهم وإن الدية يجب لهم فكيف يجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضاً وفيه إيجاب لهم أيضاً وعليهم وهذا ممنوع فالجواب ممنوع أن الدية يجب لهم بل للقتيل لأنها بدل نفسه فتكون له وبدل أن يجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لا يستثناء الميت عنه والورثة أقرب الناس إليه وصار كالأول وجد الأب قتيلاً في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه أليس أنه يجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يتمتع ذلك لما قلنا كذاها. وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لأنه نجب على عاقلة لتقصيرهم في حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه إلى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد إذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا في داره أن على عاقلة دية ابنه ودية أخيه وإن كان هو وارثه لما قلنا أن وجود القتيلا في الدار كباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلة ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لأن داره في وقت ظهور القتيلا ليسب لو رثته بل هي على حكم ملك نفسه إلى أن يؤدي بدل الكتابة فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتل نفسه صاحبها ويحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولا ييوسف أن الظاهر أنه قتل صاحبها لأن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت في قتيلا المحلة ولم يعتبر

فصل ١٠ واما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله التوفيق الصبي والمجنون لا يدخلان في القسامة في أي موضع وجد القتيلا سواء وجد في غير ملكهما أو في ملكهما لأن القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحلان في سائر الدعاوى ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلة إذا وجد القتيلا في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان في الدية مع العاقلة فإن وجد القتيلا في غير ملكهما كالحلة وملك انسان لا يدخلان فيها وجد في ملكهما يدخلان لأن وجود القتيلا في ملكهما كباشرة ما القتل وهما مؤخذان بضمان الأفعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوي رحمه الله لا يدخلان في الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لأن هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون مؤخذان بأفعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدر وأما الولد في القسامة والدية لأن هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة وجبت في قتيلا وجد في غير دارهما وان وجد في دارهما أما المأذون أن لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلة استحسنانا والقياس أن تجب عليه القسامة وإذا حلف يخاطب المولى بالدفع أو الفداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف في الدعاوى ووجود القتيلا في داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ بخير المولى بين الدفع والفداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لأنه لا يقضى بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح إقراره لأنه إقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلة لأن الملك له وان كان عليه دين فينبغي في قياس قول أبي حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلا يملك الدار وفي الاستحسان تجب على المولى لأن المولى أن كان لا يملكها فالرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا يملك له والمولى أقرب الناس إليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقا في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الرماء فكان أولى بإيجاب القسامة (وأما) المكاتب إذا وجد قتيلا في داره فعليه الأقل من قيمته ومن الدار لأن وجود القتيلا في داره كباشرة القتل فلا يكون على مولاه كمالا يكون عليه في مباشرة وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يكرر عليه الإيمان فان حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية لا قدر عشرة دراهم لأن عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حاله لأنها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجنابة المدر ولو كان القتيلا مولى المكاتب كان عليه الأقل من قيمته ومن الدية لأن وجود القتيلا في داره كباشرة القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتيلا يوجد في غير ملكها لأن وجوبهما بطريق النصرة وهي ليست من أهلها وان وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكررها عليها الايمان وهذا قولهما وقال أبو يوسف عليها لا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من أهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل الحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد في حقها أما الملك فتأبث لها وأما الأهلية فلان القسامة يمين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف في سائر الحقوق ومعنى النصرة براعى وجوده في الجملة لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل مع العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكر عاقل بالغا فالما لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فهنا أولى وأصحابنا رضى الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسألة وأنكر وأعلى الطحاوي قوله وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية الاعمى والمحدود في القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحلف والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل في وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ ابراء وما يجري مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن ابراء صدر عن هو من أهل ابراء في محل قابل للبراء فيصبح وأما الدلالة فهي ان يدعى ولي القاتل على رجل من غير أهل الحلة فيبرأ أهل الحلة عن القسامة والدية لان ظهور القاتل في الحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولي على الدعوى عليه يكون نفيًا للقتل عن أهل الحلة فيتضمن ابراءهم عن القسامة والدية فان أقام البينة على المدعى عليه والاحلف فان حلف برى وإن نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل الحلة للولي بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراء فلا معنى لرد الشهادة ولا بى حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز انه أبرأهم ليتوسل بالبراء الى تصحيح شهادتهم والثاني انه أحسن اليهم بالبراء حيث أسقط القسامة والدية عنهم فن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فن وجهين أولى ولان أهل الحلة كانوا خصماء في هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالبراء عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القاتل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القاتل على رجل بعينه من أهل الحلة فالقسامة والدية محالها في ظاهر الرواية وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة رضى الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا ان تركناه للأثر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولي واحد آمنهم ابراء عن الباقيين دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل الحلة ظاهر أو الولي كذلك الا أنه عين وهو منهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البينة من غير أهل الحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ ولو شهد شاهدان من الحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضى الله عنه لان الخصومة بعده هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة أهل الحلة عليه ولم يبق يمين أخرى وبقيت القسامة على أهل الحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل الحلة حتى يكمل خمسون رجلا من أهل الحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل الحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان وعند أبي يوسف يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمه الله أولى لان فيا قالاه مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن فيا وبراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلا فكان ما لاقاه

أولى ولو ادعى أهل تلك الحملة على رجل منهم أو من غيرهم تصح دعواهم فإن أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ وأن واقفهم الا ولياء قد أبرؤه حيث أنكر وأوجود القتل منه ولا يجب على أهل الحملة أيضاً شيء لأنهم أثبتوا القتل على غيرهم وإن لم يقيم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل الحملة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل وأما الجناية على مادون النفس مطلقاً فالكلام في هذه الجناية يقع في موضعين أحدهما في بيان أنواعها والثاني في بيان حكم كل نوع منها أما الأول فالجناية على مادون النفس مطلقاً أنواع أربعة أحدها إبانة الاطراف وما يجري مجرى الاطراف والثاني اذهب معاني الاطراف مع ابقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الأول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والنف والالسان والذكر والانثيين والاذن والشفة وفق العينين وقطع الاشعار والاحقان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الرأس والخيصة والحاجبين والشارب وأما النوع الثاني فتقويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والايلااد والبطش والمشى وتغيير لون السن الى السواد والحمره والخضرة ونحوها مع قسام الحال الذي تقوم بها هذه المعاني ويلحق بهذا الفصل اذهب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج احد عشر أولها الخارصة ثم الدامعة ثم الدامية ثم الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الآمة ثم الدامعة .. (فالخارصة) هي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم والباطضة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق اسم لتلك الجلدة إلا ان الجراحة سميت بها والموضحة التي تقطع السمحاق وتوضح العظم أي تظهره والهاشمة هي التي تهشم العظم أي تكسره والمنقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله من موضع الى موضع والآمة هي التي تصل الى أم الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامعة هي التي تخرق تلك الجلدة وتصل الى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعا ولم يذكر الخارصة ولا الدامعة لأن الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التي لا يبقى لها أثر لاحكم لها في الشرع والدامعة لا يعيش الانسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهراً وغالباً فتخرج من ان تكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائرة وغير جائرة فالجائرة هي التي تصل الى الجوف والمواضع التي تنفذ الجراحة منها الى الجوف هي الصدر والظهر والبطن والجنان وما بين الانثيين والدبر ولا تكون في اليدين والرجلين ولا في الرقبة والحلق جائرة لأنه لا يصل الى الجوف وروى عن أبي يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي لو وصل اليه من الشراب قطرة يكون جائرة لأنه لا يقطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة الا في الرأس والوجه وفي مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا تكون الآمة الا في الرأس والوجه وفي الموضع الذي تتخلص منه الى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات الا في هذه المواضع عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات في كل البدن وهذا غير سديد لأن هذا القائل ان رجوع في ذلك الى اللغة فهو غلط لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمى ما كان في الرأس والوجه في مواضع العظم منها شجة وما كان في سائر البدن جراحة فتسمية الكل شجة يكون غلطاً في اللغة وان رجوع فيه الى المعنى فهو خطأ لأن حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذي يلحق المشجوج ببقاء أثرها بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها ارش والشين انما يلحق فيما يظهر في البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يعطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق في الوجه والرأس

والله سبحانه وتعالى الموفق

فصل وأما أحكام هذه الأنواع فهذه الأنواع مختلفة الأحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذي فيه القصاص فهو الذي استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام في موضعين (أحدهما) في بيان شرائط وجوب القصاص (والثاني) في بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الأول فنقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يم النفس وما دونها وبعضها يخص ما دون النفس (أما) الشرائط العامة فإذ ذكرنا في بيان شرائط وجوب القصاص في النفس من كون الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً وكون المحنى عليه معصوماً مطلقاً لا يكون جزءاً للجاني ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التي تخص الجناية فيأدون النفس فيها المماثلة بين المحلين في المنافع والفعلين وبين الارشيين لان المماثلة فيأدون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانهما يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيأدون النفس معتبرة شرعاً بالنص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فان قيل ليس في كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم ما دون النفس لا في هذه الآية الشريفة وانه اخبار عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلازمنا (فالجواب) ان من القراء المعروفين من ابتداء الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع الى قوله تبارك وتعالى فمن تصديق به على ابتداء الايجاب لاعلى الاخبار عما في التوراة فكان هذا شرعنا لا شرعية من قبلنا على ان هذا ان كان اخباراً عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابتنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شريعة لنبينا صلى الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لاعلى انه شريعة من قبله من الرسل على ما عرف في أصول الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص في اليد والرجل نصاً لكن الايجاب في العين والانف والاذن والسن ايجاب في اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالذكور من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه (وبجوز) ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الايجاب في العضو المنتفع به في حقه على الخصوص ايجاباً فيها هو منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق الأولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكر اليد والرجل بطريق الدلالة كما في التأقف مع الضرب في الشتم على ان في كتابنا حكم ما دون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وان عاقبتهم فمأقوتهم بمثل ما عوقبتهم به وأحق ما يعمل فيه بهاتين الآيتين ما دون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزي الا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعقول فهو ان ما دون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالا موال ألا ترى انه يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي يلى استيفاء ما دون النفس للصغير كما يلى استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في اتلاف الاموال (ومنها) ان يكون المثل ممكن الاستيفاء لان استيفاء المثل بدون امكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة ويتنى على هذين الاصلين مسائل (فنقول) وبالله تعالى التوفيق لا يؤخذ شيء من الاصل الا بمثله فلا تؤخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلاً لها اذ التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والاصبع والعين والانف ونحوها لما قلنا (وكذا) الابهام لا تؤخذ الا بالابهام ولا السبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الابهام مختلفة فكانت كالا جناس المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمنى الا باليمن ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً وكذلك الرجل وكذا اصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمن منها الا باليمن ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك العين لما قلنا وكذلك الاسنان لا تؤخذ الثانية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشئيين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الا على منها بالا سفلى ولا الاسفل

بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل في المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد الصحيحة ولا كاملة الا اصابع بناقصه الا اصابع أو مفصل من الاصابع وكذلك الرجل والا صبع وغيرها لعدم المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب في طرف الجاني فالجني عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ ارش الصحيح لان حقه في المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه الاستيفاء من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفاء حتما فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير ان شاء رضى بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وان شاء عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش ثم أتلف على انسان شيئاً له مثل والمتلف جيد فاقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه الا الرديء ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شاء أخذ الموجود ناقصاً وان شاء عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا (ولو أراد) الجني عليه ان يأخذه ويضمنه النقصان هل لذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك (وقال) الشافعي له ذلك قوله ان حقه في المثل ولا يمكنه استيفاءه من هذه اليد من كل وجه فيستوفى حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات فاقطع عن أيدي الناس الا قدر بعض حقه انه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقي كذا هذا (ولنا) انه قادر على استيفاء اصل حقه وانما القائن هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضى باستيفاء اصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو أتلف شيئاً من ذوات الامثال وهو جيد فاقطع عن أيدي الناس نوع الجيد ولا يوجد الا الرديء منه انه ليس له الا ان يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكره من المسألة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه صورة ومعنى فكان له ان يستوفى الموجود ويأخذ قيمة الباقي وهنا حق الجني عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو أراد ان يقطع الاصابع ويراعى الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع بان كانت جارية تجري الصفة كالجودة في المكيل فلا يكون له ان يطالب بشئ آخر كما في تلك المسألة (ولو) ذهب الجارحة المعينة قبل ان يختار الجني عليه أخذها أو قطعها قاطع بطل حق الجني عليه في القصاص لقوات محله (وهل يجب) الارش على الجاني فالكلام فيه كالكلام فيما اذا قطع يد صحيحة وهو على التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم انما ان سقطت بأفة سماوية أو قطعت ظلماً لاشئ عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقتطوعة (وعند) الشافعي رحمه الله عليه الارش في الوجهين والكلام فيه راجع الى اصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عينا عندنا في النفس وما دونه (وعنده) أحدهما غير عين في قول وفي قول القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال (وقد) ذكرنا هذا الاصل بفروعه في بيان حكم الجنائية على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقاً مستحقاً عليه فصار كانه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعدو الخطأ وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول حق الجني عليه كان متعلقاً باليد المعينة بعينها وانما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختار حتى هلك بقي حقه متعلقاً باليد (فان قيل) أليس انه كان مخيراً بين القصاص والارش فاذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل حقه كان في اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقي حقه في اليد فاذا هلك فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلاً ورأساً والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة وقت القطع ثم شلت بعده فلاحق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت في اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب الكل بأفة سماوية انه يستطع حقه أصلاً ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف في اليد أو مفصل الكعب أو مفصل الركبة أو مفصل الورك في الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ لانه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) في لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

في الالية قصاص ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا في جلد الرأس وجلد اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء
المثل ولا في اللطمة والورقة والوجأة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فيادون النفس مما يجب على أحدهما فيه
القصاص لو اقرد كالثنين اذا قطع اي رجل أو رجله أو اصبعة أو اذها سمعة أو بصره أو قلعا سناله أو نحو ذلك من
الجوارح التي على الواحد منهما فيها القصاص لو اقرده فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد
على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عدد هم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعي
يجب القصاص عليهم وان كثر واكفى النفس واحتج بما روي ان رجلين شهدا بين يدي سيدنا على رضي الله تعالى
عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جاء آخر وقالوا همننا السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضي الله
تعالى عنه لا أصدقكم على هذا واغرمكم الدية الاول ولوعلمت انكم اعمدتم لقطع أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضي
الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بحضرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم يقتل انه أنكر عليه
أحد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم النفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدي تقطع بيد واحدة لان
حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيادون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدي ويد
واحدة لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل (أما) في الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث
الذات بحقيقة انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والفائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة في الوصف
لما منع جريان القصاص فقواتها في الذات أولى (وأما) في المنفعة فلا من المنافع مالا يتأتى الا باليدين كالكفاية
والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) في الفعل فلا من الموجود من كل واحد
منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من جانب آخر والجزء قطع كل واحد من كل
واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجهه تكفي لجريان القصاص كيف وقد
انعدمت من وجوده وأما قول سيدنا على رضي الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل
انه أضاف القطع الى نفسه وذال لا يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع رجل يميني رجلين
تقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهم ان يقطعا يمينه يأخذ منه دية يد بينهما نصفين وهذا قول اصحابنا رحمهم الله وقال
الشافعي رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للاول ويغرم الدية للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجتماع يقرع
بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للآخر الدية كما قال في النفس (وجهه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت
يده حقا للاول فلا تصير حقا للثاني فتجب الدية للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لأحدهما
غير عين وتتبع بالقرعة (ولنا) انهما استويا في سبب استحقاق القصاص فيستويان في الاستحقاق ودليل الوصف
ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل
من كل واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما ما بالقطع الا بعض حقه فيستوفي الباقي من
الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقا عليه
فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقا له القصاص ممنوع فان
ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لانها
تنهي عن الخلوص والملك في المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت
الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك
الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولاتنافي فيه فاطلاق الاستيفاء للاول لا يمنع اطلاق استيفاء الثاني وهذا بخلاف
النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه في القتل وكل
واحد منهم استوفى القتل بكامله لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والاخر غائب فلا حاضر

ان يقتصر ولا ينتظر الغائب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد وانما التمانع في استيفاء الكل بحكم التراجع بحكم المشاركة في الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائبا فلا يزاحم الحاضر فكان له ان يستوفي كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة في كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا في كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطلب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر في الاستيفاء والمنع منه للحال بعد طلبه لا امر محتمل ولهذا قضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطالب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا ولا آخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوته فيصير الى البدل ولان القاطع قضى به حقا مستحقا عليه فيلزمه الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان للآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضي بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت في اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر في حق الآخر كما في القصاص في النفس وكذلك لو عفا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فلا آخر الدية لما ذكرنا (وأما) اذا قضى القاضي بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فلا آخر ان يستوفي القصاص في قولهما استحسنانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين وبديه اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا في كل اليد لكن القاضي لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشراكة بينهما فصارت حق كل واحد منهما في البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يتمكن الاخر من استيفاء الكل (وجه) قوله ان قضاء القاضي بالشركة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع في بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازا عن الفتوى كانه أفق بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كعفو قبله ولو قضى القاضي بالدية بينهما فقبضها ثم عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص وينقلب نصيبه لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت الملك في الدية يقتضي ان لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما لا ثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهنا لان قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه في الرهن بدليل انه اذا هلك سقط الدين فصارت قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذ بالدية كقبضها ثم عفا أحدهما فلا آخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للتوثق لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يديه أو رجله قطعت يده ورجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق الماثلة فيه وانه ممكن (فان قيل) القاطع ما بطل عليهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يده واحدة وليس في قطع يده واحدة تهويت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجنانية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعلين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلهما من المفصل ثم قطع يده آخر أو يدها باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في يده واحدة في اليمين أو في اليسار فلا يخلو (اما) ان جا جميعا يطلبان القصاص واما ان جا آتفرقين فان جا جميعا يبدأ بالقصاص في الاصبع فتنقطع الاصبع بالا صبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقي وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه حق صاحب اليد في قطع اليد وحق صاحب الاصبع في قطع الاصبع فيجب ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك في البداية بالقصاص في الاصبع لا نالو بدأ بالقصاص في اليد لبطل حق صاحب الاصبع في القصاص أصلا ورأسا ولو بدأ بالقصاص في الاصبع لم يبطل حق الآخر في القصاص أصلا ورأسا لانه يتمكن من استيفائه مع التقصان فكانت البداية بالا صبع أولى وانما خیر صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فثبت له الخيار كالا شل اذا قطع يده الصحيح وان جا آتفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب قطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب محتمل أن يحضر ويطلب ويحتمل

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولا ان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر الاستيفاء مانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شيء له من الارش وان شاء أخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقي بأصبعه وان شاء أخذ دية أصبعه من مال الذي قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بقدر الامكان وذلك في البداية بما لا يستقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقي في القصاص أصلا لا مكان استيفاء حقيهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص في الاصبع ابطال حق الباقي أصلا ورب رجس يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للمصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقي واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمين أو في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقي بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والاخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش في الكف ناقصة بأصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي مهيضة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع منها الكف عليه في اليد القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة كذاروى عن أبي حنيفة رضى الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهي جناية واحدة ذكر قولهما في الزيادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما في حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتل وجبت عليه دية واحدة فصار كأنه قطع المفصلين معا بضريرة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فتدبر بحكما فيجب القصاص في الاولى والارش في الثانية ولا في حنيفة رضى الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان مهيجتين أعنى اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مسألة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مسألة وقت قطع المفصل الثاني لان

اصبح القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالنقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالنقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقضان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب ثبوت ان النقضان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقضان لكان استيفاء الكامل بالنقص والثاني ان سلم ان النقضان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والا لاول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثاني وبرى اقتص منه لان اصبغ القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثاني فيكون استيفاء الناقص بالنقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبغ القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرا ثم قطع المفصل الثاني فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه في القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف فيكون المقصود حاصلًا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احدهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس وعلى صاحب الجناية فيمادون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان كان لا يستطاع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيمادون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ فعلى العائد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولا يدخل أحدهما في الآخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كأنهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلهما كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الآخر لا يتصور فلا بد ان نعتبر فعل كل واحد منهما باقراده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرا على ما تبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقي ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه ويقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه ونجب حكومة العدل في كل نصف لانه لا يمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس لدارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثاني فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص في المفصل والحكومة في نصف المفصل لانه يصير كانه قطع مادفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص عليه لتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل وحكومة العدل في نصف المفصل لانه اذا برى الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة يمكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص في نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيسه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبي يوسف وزفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة يمكن لان الحليين استويا والمرفق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلا معنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولا يى حنيفة ومحمدان القصاص فيمادون النفس يعتمد المساواة في الارش لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة في اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذكر والانثى والحر والامبد

لا اختلاف الارش وهما لا يعرف التساوى في الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوى بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارش الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع بدرجل وفيها اصبع زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة مثل ذلك انه لا قصاص عند أبي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبي يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة في الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعها زائدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة في معنى التزلزل ولا قصاص في المستزلز ولا نها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولا نه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصه فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشليين كذا روى الحسن عن أبي حنيفة سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا أو أكثرهما سواء وهو قول أبي يوسف وقال زفران كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شللا وان كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الا بهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان قطع الا بهام يوهن الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع بدرجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولى بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء كثر في القتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك في قول أبي حنيفة وفي قولهما تدخل اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على مادون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل مادون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الادية النفس ولا في حنيفة رضي الله عنهما ان حق المجنى عليه في المثل وذلك في القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا بخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المسال ليس بمثل النفس وكان ينبغي أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل مادون النفس في النفس وتجب دية كاملة ونصف دية تتحملها العاقل وتؤدي في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلث الدية ثلث من الدية الكاملة وثلاث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدي في ثلاث سنين ونصف الدية تؤدي في سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل مادون النفس في النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقي جنائية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل مادون النفس في النفس وتجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والاخر خطأ لا يدخل مادون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أو قبله لان العمد مع الخطأ جنائتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه فيجب في العمد القصاص وفي الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الاخر فلا يدخل مادون النفس في النفس كيف ما كان بعد البرء أو قبله لان الاصل اعتبار كل جنائية بحملها لان كل واحدة منهما جنائية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم البرء قد يجعلان كجناية واحدة كأنهما حصلوا بضربة واحدة
تقدير او لا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجاني لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلاً لصاحبه حقيقة
فتعذر التقدير بقبي فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقدر اذ يفر دحكما فان كانتا جميعاً عمد ايحجب القصاص
على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعاً خطأ يجب الدية عليهما يتحمل عنهما عاقبتهم في القطع والقتل
وان كان أحدهما عمداً والاخر خطأ يجب القصاص في العمد والارش في الخطأ ولو قطع أصبع يدرجل عمد او قطع
آخر يده من الزنذفات فالقصاص على الثاني في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعاً وبه
أخذ الشافعي (وجهه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثاني فكانت
السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السراية باعتبار الالام المترادفة التي لا تتحملها النفس
الى أن يموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعاً للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد
وصار كالمقطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثاني كذا هذا بل أولى لان القطع
في المنع من الأثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذا البرء يحتمل الانتقاص والقطع لا يحتمل ثم زال الأثر
بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان أولى وأحرى وأوجى على مادون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت
الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان متعدياً في الجناية واما ان لم يكن
فان كان متعدياً في الجناية والجناية محددة أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت
الجناية مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يدا انسان من الزند أو من الساعد أو شججه موضحة أو أمة أو
جائفة أو أبان طرفاً من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم مادون
النفس وتبين انه وقع قتلاً من حين وجوده وللولى أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له
أن يقطع يده عندنا وعند الشافعي رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والاقطه وكذلك اذا قطع رجل
يدرجله فمات من ذلك تحز رقبتة عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيا تقدم ولو قطع
يده فغفا المقتوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفاه عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما
يحدث منها فهو عن النفس بالاجماع وان عفاه عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها لا يكون عفواً عن النفس
وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما يكون عفواً عن النفس ولا شيء عليه
والمسئلة باخواتها قد مرّت في مسائل العفو عن القصاص في النفس ولو كان له على رجل قصاص في النفس فقطع
يده ثم عفاه عن النفس و برأت اليد ضمن دية اليد في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه (وجهه)
قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقاً لولى القتل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه
فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع
استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض ديته ثم
أبرأ الغريم ان البراء ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولا في حنيفة رضي الله عنه ان حق من له القصاص
في الفعل وهو القتل لا في المحل وهو النفس أو يقال حقه في النفس لكن في القتل لا في حق القطع لان حقه في المثل
والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنبياً عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو
موقوف فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب
عليه ضمان اليد وان كان متعدياً في القطع مسياً فيه لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كالمقطع يد
مرتدانه لا يضمن وان كان متعدياً في القطع لم يقلنا كذا هذا ولانه كان مخيراً بين القصاص وبين العفو فاذا عفا
استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاءً غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعدياً في الجناية على

مادون النفس فأما إذا لم يكن متعد يافها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض وبيان ذلك في مسائل إذا قطع يد رجل عمداً حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما لا شيء عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا على يدت المال وكذلك الفصاد والبزاع والحجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما ان الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضموناً كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولا يبي حنيفة رضي الله عنه انه استوفى غير حقه لان حقه في القطع وهو أنى بالقتل لان القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كذا اذا قطع يد انسان ظاهراً فسرى الى النفس وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول في الامام ان فعله وقع قتلاً الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة الحد مستحقة عليه والتحرر زعن السراية ليس في وسعه فلو اوجبنا الضمان لا تمتنع الائمة عن اقامة خوفاً عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشو زفمات منه يضمن لان المأذون فيه هو التأديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلاً ولو ضرب الاب أو الوصي الصبي للتأديب فمات ضمن في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً كالموعز رالا امام انسانا فمات (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان التأديب اسم لفعل يسبق المؤدب حياً بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتأديب وهما غير مأذونين في القتل ولو ضرب به المعلم أو الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير أمر الاب أو الوصي يضمن لانه متعد في الضرب والمتولد منه يكون مضموناً عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرر زعنما تمتنع عن التعليم فكان في التضمنين سبباً للتعليم والناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة وهذه الضرورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب لفرط شفقتة على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مرتد فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل في هذا ان الجنابة اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادق محلاً غير مضمون وكذلك لو قطع يد حر بنى ثم أسلم ثم مات من القطع انه لا شيء على القاطع لان الجنابة وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعباد بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة البراءة عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس في قولهما وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرأ القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجنابة يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والحل ههنا مضمون في الحالين فكانت الجنابة مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (واما) قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن بشرط الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجنابة مضمونة فوقف حكم السراية أيضاً وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحقه ثم رجع اليها مساماً ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضي قضى بلحقه ثم عاد مساماً ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يد لا غير بالاجماع لان لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل انه يقسم ماله بين ورثته بعد المحوق ولا يقسم قبله فصار كالأبراء عن الجنابة ولو قطع يد عبده خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شيء على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرء اليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجناني فاما أن تكون مضمونة عليه للمولى (واما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجهه الثاني لما ذكرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا إذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي في قول أبي حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمي القيمة وإن أعتقه المولى ولم يوجب في القطع إلا الرمي سبب الإصابة لا محالة فصار جانيه وقت الرمي (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وإن كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاؤه ثم مات العبد ينظر إن كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجاني في قوله ما خلافاً لمحمد وقد مرت المسألة وإن كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه ويدخل معه في ميراثه فلا قصاص لا شتباء المولى على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فإنه لا تنقطع السراية ويجب نصف القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا إذا كان خطأ وإن كان عمداً فلمولى أن يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بها لها فبالكتابة يرى عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فإذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شيء آخر وإن كان عمداً فإن كان عاجزاً فلمولى أن يقتص لأنه مات عبداً وإن مات عن وفاء فقدمت حرا فينظر إن كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه ويجب عليه إرث اليد لا غير وإن لم يكن له وارث غير المولى فلمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له أن يقتص وعليه إرث اليد لا غير وإن كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأ أو مات عاجزاً فالقيمة للمولى وإن مات عن وفاء فالقيمة للورثة وإن كان عمداً فإن مات عاجزاً فلمولى أن يقتص وإن مات عن وفاء مات حراً ثم ينظر إن كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه في الميراث فلا قصاص وإن لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذي ذكرنا والله تعالى أعلم هذا إذا كانت السراية إلى النفس فاما إذا كانت إلى العضو فالأصل أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الأول أيضاً وهذا الأصل يطرد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة في مسائل إذا قطع أصبه من يدرجل فشلت الكف فلا قصاص فيها وعليه دية اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لأن الموجود من القاطع قطع مثل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولأن الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد الحلل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد وكذا إذا قطع مفصلاً من أصبع فشلت ما بقي أو شلت الكف لما قلنا فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك ما ليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الأصل لعدم إمكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصاص على البعض استيفاء ما لاحق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجعه منقلبة فقال المشجوع أنا أشجعه موضحة وأترك إرث ما زاد لم يكن له ذلك وكذلك إذا كسر بعض سن إنسان واسود ما بقي فليس في شيء من ذلك قصاص لأن قصاصه هو كسر مسود الباقي وذلك غير ممكن ولأن الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع أصبهما فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه دية الأصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن في الأول لا قصاص وفي الثاني إرث وجهه قولهم إن الحلل متعدد والفعل متعدد بتعدد الحلل حكماً وإن كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وهما تعدد الأثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في الأول والدية في الثاني كما لو قطع أصبع إنسان فأنسل السكين إلى أصبع أخرى خطأ فقطعها حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني وكما لو رمى سهماً إلى إنسان فأصاب به وقصد منه وأصاب آخر حتى يجب القصاص في الأول والدية في الثاني لما قلنا وكذلك هذا وإذا تعددت الجناية تفرّد كل واحدة منهما بحكمها فيجب القصاص في الأولى وإرث في الثانية وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه ما ذكرنا أن المستحق فيادون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المثل هنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولأن الجناية متحدة حقيقة وهي قطع الأصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما إذا قطع أصبعاً عمداً فنفذ السكين إلى أخرى خطأ لأن الموجود

هناك فعلان حقيقة فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفي مسألة الرمي جعل الفعل المتحد حقيقة متعدداً شرعاً بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج إلى الدليل ولو قطع اصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما في ظاهر الرواية عنهما يجب في الأول القصاص وفي الثاني الارش وفي رواية ابن سميعة عن محمد أنه يجب القصاص فيهما لأن من أصله على هذه الرواية أن الجراحات التي فيها القصاص إذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعاً وهما يمكن وفيما إذا قطع اصبعاً فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص في الأولى والارش في الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وأنه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الأثر وقد وجد ههنا في جعل كجنايتين مختلفتين فيتملق بكل واحدة منهما حكماً ولا في حنيفة رضي الله عنه أنه لا سبيل إلى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لأن ذلك هو القطع المسقط للإصبع وذلك غير ممكن ولأن الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الاضماناً واحداً وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمداً فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص في ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لأن استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولأن الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتقطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا وبين ما إذا قطع اصبعاً فسقطت أخرى إلى جنبها أنه لا يجب القصاص في الثانية لأن الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى الجملة كما تتحقق من اليد إلى النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما إلى الآخر فوجب القصاص في الأولى دون الثانية وعلى ما روى محمد رحمه الله في النوادر يجب القصاص ههنا أيضاً كما قال أبو يوسف رحمه الله لأنه جناية واحدة وقد سرت إلى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كأنه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن إنسان فسقطت لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة لأنه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال في الاصبع إذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن إنسان فتكسر بعضها وتحرك الباقي واستوفي حولاً أنها إن أسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم إمكان استيفاء المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال في الاصبع إذا قطعت الكف ولو شج إنساناً موضحة متعدداً فذهب منها بصره فلا قصاص في قول أبي حنيفة وفيها وفي البصر الارش وقال في الموضحة القصاص وفي البصر الدية ههنا رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سميعة في نوادره عنه أن فيهما جميعاً القصاص وجه هذه الرواية أنه تولد من جناية العمد إلى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما إذا سرى إلى النفس وجه ظاهر قولهما أن تلف البصر حصل من طريق التسبب لا من طريق السراية بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع إذا سرى إلى النفس أنه لا يبقى قطعاً بل يصير قتلاً وههنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بطريق التسبب لا توجب القصاص كما في حفر البر ونحو ذلك ولو ذهب عيناه ولسانه وسمع وجماعه فلا قصاص في شيء من ذلك على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما في الموضحة القصاص ولا قصاص في العينين في ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لأنه لا يمكن فيهما القصاص إذا قصاص في ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع في الشرع وفي ذهاب البصر قصاص في الشريعة ولو ضرب به بعضاً فوضعه ثم عاد فضر به أخرى إلى جنبها ثم تأكلتا حتى صارت واحدة فموضع حثان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبي حنيفة رحمه

الله فلعدم إمكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تأكل بينهما (وأما) على أصلهما فإلّا ما تأكل بين
الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسببها لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص في
العين إذا قورت أو فسخت لا نأذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل إذ ليس له حد معلوم وإن
أذهبنا ضوءه فلم نفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد إنسان من الساعد
أنه لا يجب القصاص لأنه لا سبيل إلى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وإن ضرب
عليها فذهب ضوءها مع بقاء الحديقة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين والعين ولأن
القصاص على سبيل المماثلة ممكن بأن يجعل على وجهه القطن المبلول ويحمي المرأة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوءها
وقيل أول من اهتدى إلى ذلك سيد ناعلي رضي الله عنه وأشار إلى ما ذكرنا فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة في زمن
سيد ناعمان رضي الله عنه فجميع الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم وشاورهم في ذلك فلم يكن عندهم حكماً حتى
جاء سيد ناعلي رضي الله عنه وأشار إلى ما ذكرنا فلم يشكر عليه أحد ففرض به سيد ناعمان بمحض من الصحابة الكرام
رضي الله عنهم فيكون إجماعاً وإن انخسفت فلا قصاص لأن الثاني قد لا يقع خاسفها فلا يكون مثل الأول وروى
عن أبي يوسف أنه لا قصاص في عين الاحول لأن الحول نقص في العين فيكون استيفاء الكامل بالنقص فلا
تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص في الاشنة والاجفان لأنه لا يمكن
استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولأن استيفاء
المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه
القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولأن استيفاء المثل فيه ممكن لأن له
حد معلوم وهو ما لا نمنه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا
قصاص فيه لأنه عظم ولا قصاص في العظم ولا في السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب
ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما في الحقيقة لأن أبا يوسف أراد استيعاب
المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة
فقد روى عن أبي حنيفة أنه قال إذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر
الكرخي رحمه الله أنه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا
قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص في عظم الا في السن لأنه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدي أيضاً وقد
روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه لا قصاص في عظم وفي السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى
والسن بالسن ولأنه يمكن استيفاء المثل فيه بأن يؤخذ في الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمرد وفي القلع يؤخذ سنه
بالمرد إلى ان ينتهي إلى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل في القلع أنه يقلع سنه لان تحقق المماثلة فيه والا لا استيفاء
على وجه النقصان الا أن في القلع احتمال الزيادة لأنه لا يؤمن فيه أن يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان
فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم إمكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر في الاصل أن اللسان لا يقتص فيه
وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله أن القطع اذا كان مستوعباً أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء
مثل الجنابة وجه ما ذكر في الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة
وان قطع الحشفة ففيها القصاص لا مكان استيفاء المثل لان لها حداً معلوماً وان قطع بعضها أو بعض الذكراً فلا
قصاص فيه لأنه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصاركها لقطع بعض اللسان ولو قطع الذكراً من أصله ذكر
في الاصل أنه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه
المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر في الاصل أن الذكراً ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص في جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وان لم ينبت بعد الحلق والتنف (أما) الجز فلا أنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والتنف الموجود من الحلق والتنف فلان المستحق حلق وتنف غير منبث وذلك ليس في وسع المحلوق والمنتوف لجواز أن يقع حلقه وتنفه منبثاً فلا يكون مثل الاول وذكر في النوادر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذ كر حكم ندى المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا لم يذ كر حكم الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلمة ندى المرأة فينبغي أن لا يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص في شيء من ذلك لأنه لا يمكنه ان يضرب ضرباً تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكناً فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يدرجل أو رجلاه فمشت لا قصاص عليه لأنه لا يمكنه ان يضرب ضرباً مشافاً فلم يكن المثل مقدوراً لا استيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف في أن الموضحة فيها القصاص لمسموم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولا يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا تنتهي اليه السكين وهو العظم ولا خلاف في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعدد الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهاشم ولا قصاص في هشم العظم لما بينا والا ملة لا يؤمن فيها من أن ينتهي السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص في هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد في الاصل أنه لا يجب القصاص في الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا قصاص في الشجاج الا في الموضحة والسمحاق ان أمكن القصاص في السمحاق وروى عن النخعي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله وعن الشعبي رحمه الله أنه قال مادون الموضحة فيه أجر الطيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن مادون الموضحة مما ذكرنا لا حمله ينتهي اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لأنه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ في اللحم الى آخرها فيستوفى منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتصر من الشجاج الا في موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبه لان وجوب القصاص للشين الذي يلحق المشجوج وذايختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين في مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذي في مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلاً موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص لان في الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن بخير المشجوج ان شاء اقتصر من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصاً لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفى حقه ناقصاً تشفياً للمصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا في الاشل اذا قطع بالصحيح فان اختار القصاص فله أن يسد من أي الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يتبدي من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي ما بين قرني الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فلم يشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتصر ما بين قرني الشاج لا يزاد على ذلك شيئاً لأنه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين قرني المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصاً اذا الثانية دون الاولى في قدر الجراحة فان شاء رضي

بإستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرني المشجوج وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فلا ستياب في الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته في المساحة كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرني الشاج في المسألة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى في المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته في مقدارها في المساحة في الطول فان شاء اقتصر ونقص عما بين قرني الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تأخذ من جهته الى قعاه ولا تبلغ من الشاج الى قعاه بخير المشجوج ان شاء اقتصر مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج ولم تستوعب ما بين قرني الشاج يقتصر من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر في القصاص بين العضوين كما في اليدين والرجلين انه يجري القصاص بينهما وان كانت احدهما أكبر من الاخرى فكذا في الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لقوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر الا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذي يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينقص بنقصانها لذلك افترق الامران الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شئ منها الجرح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسها وان لم تمت فلا قصاص في شئ منها سواء كانت جائفة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجاني والحفي عليه حرين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو كانا عبيدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكرا أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فلا قصاص فيه عند أصحابنا وعند الشافعي رحمه الله هذا ليس بشرط ويجري القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجري في النفس وهذا الشرطان في الحقيقة عندنا تمتد اخلاص لانهما دخلا في شرط المماثلة لان المماثلة في الاروش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصاب بنقص الاصاب ولما ذكرنا فيما تقدم أن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة في الاموال في باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الارواح والعبيد في الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوي بين ارشيهما ولئن اتفق استواءهما في القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالجزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالجزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوي في اروشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي رحمه الله المساواة في الاروش في الارواح غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين نفسيهما فيجري بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الاصل ولا قصاص في الاظفار لانعدام المساواة في اروشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالجزر والظن والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما كون الجنابة فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت سلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله

الله وقتها ما بعد الجنابة ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للحال فله أن يستوفي الواجب للحال (ولنا) ما روينا
أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يستفاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلاً جرح حسان بن ثابت رحمه الله في
نخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا
ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظرون وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلاً فينبين أنه استوفى غير
حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهي أن المجرع اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا لا في الطرف
وعند الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

فصل وأما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان سبب الوجوب والثاني في بيان
شرايطه أما السبب فهو توقيف المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك في الاصل باحد أمرين امانة العضو
واذهاب معنى العضو مع بقاء العضو بصورة أما الاول فلا أعضاء التي تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير
له في البدن ونوع في البدن منه اثنان ونوع في البدن منه أربعة (أما) الذي لا نظيره في البدن فستة أعضاء
أحدها الانف سواء استوعب جدهما أو قطع المارن منه وحده وهو مالا من الانف والثاني اللسان سواء
استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكرك سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها
والاصل فيه ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكرك الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمر وابن
حزم في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية ولأنه بطل المنافع المقصودة من هذه الاعضاء والجمال أيضاً
من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكرك الجماع والحشفة تتعلق بها منفعة
الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وإن كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل
لأنه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات
من الحروف ونقلت هذه القضية عن سيدنا على رضي الله عنه لأن المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه
دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل في القسمة الحروف التي تنتمي الى اللسان فاما ما لا ينتمي
الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والقاء والهاء ونحوهما فلا تدخل في القسمة والرابع الصلب اذا احدث وب
بالضرب واقطع الماء وهو المني فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس
مسلك الغائط من المرأة اذا أفضها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت
لا تستمسكها فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية
(وأما) الاعضاء التي في البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفستان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت
والثديان والحلمات والاثنان والاصل فيه ما روى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفي الاذنين الدية
وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية ولأن في القطع كل اثنين من هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة
أو تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر في العينين والبطش في اليدين والمشي في الرجلين والجمال في الاذنين
والحاجبين اذا لم ينبتا والشفقتين ومنفعة امسالة الريق في احدهما وهي السفلى والثديان وكاء اللبن وفي الحلمتين منفعة
الرضاع والاثنان وكاء المني (وأما) الاعضاء التي منها أربعة في البدن فنوعان أحدهما أشعار العينين وهي منابت
الاهداب اذا لم تنبت لما في تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال أيضاً على الكمال وفي كل شفر من اربع الدية والثاني
الاهداب وهي شعر الاشعار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فتحول العقل والبصر والشم
والذوق والجماع والا يلاذبان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده
بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قضى في رجل واحد

باربع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تقويته تقويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له ففوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطلا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلا فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو حلق لحية رجل أو نتفها أو حلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا فقيه الديعة عند أصحابنا رضى الله عنهم وعند الشافعي فيه حكومة (وجهه) قوله أنه لا يجب كمال الديعة الا باتلاف النفس لان الديعة بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تقويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تقويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجهه ولم يوجد ذلك في حلق الشعر فبقى الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب في حلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ما روى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق في سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبعان الذي زين الرجال بالحي والنساء بالذوائب وتقويت الجمال على الكمال في حق الحري يوجب كمال الديعة كاللارن والاذن الشاحصة والجامع بينهما اظهار شرف الآدمي وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه في المنافع ثم تقويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الديعة فتقويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتقويته لا يوجب كمال الديعة وقدر روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال في الرأس اذا حلق فلم ينبت الديعة كاملة وكذا روى عنه أنه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الديعة وروى أن رجلاً أغلى ماء فصب على رأس رجل فانسلخ جذر رأسه ففضى سيدنا على رضى الله عنه بالديعة وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال انما يجب كمال الديعة في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شئ فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين فقيها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر في الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن فيه القيمة (وجهه) هذه الرواية أن القيمة في العبد كالديعة في الاحرار فلما وجبت في الحر الديعة تجب في العبد القيمة (وجهه) رواية الاصل أن الجمال في العبد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتقويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الديعة ولو حلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شئ عليه لان النابت قام مقام الفائت فكانه لم يفت الجمال أصلاً وفي الصبر وهو اعوجاج الرقبة كمال الديعة لوجود تقويت منفعة مقصودة وتقويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فهي) أن تكون الجنابة خطأ فيما في عمده القصاص وأما ما لا قصاص في عمده فيستوى فيه العمد والخطأ وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجنى عليه ذكر أفاً كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكراً سواء كان المجانى ذكراً أو أنثى لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكراً على ما ذكرنا في دية النفس (ومنها) أن يكون المجانى والمجنى عليه حريين فان كان المجانى حراً والمجنى عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الديعة ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه انه قال كل شئ من الحرفيه الديعة فهو من العبد فيه القيمة وكل شئ من الحرفيه نصف الديعة فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضى أن كل شئ من الحرفيه قدر من الديعة فن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصده بالمنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما يقصده بالجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنه أنه ان حلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعنى اذهابه فلم تنبت أو قطع احدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع أبو حنيفة في حاجب العبد وفي أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن في أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب في ذلك كله النقصان يقوم العبد بخيانا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني ما بين القيمتين وهو قول أبي يوسف الآخر وقوله الأول مع أبي حنيفة (وجهه) قول محمدان مادون النفس من العبد له حكم المال لأنه خلق لمصلحة النفس كالمال وبدليل أنه لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما في سائر الاموال (وجهه) رواية الجمع لأبي حنيفة رضي الله عنه أن القيمة في العبد كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جنائيا الحر بديته جاز تقدير ضمان جنائيا العبد بقيمته ولأن التقدير قد دخل على الجناية عليه في النفس حتى لا يبلغ الدية إذا كان كثير القيمة فجاز أن يدخل في ضمان الجنائيا فيمادون النفس كالحر (وجهه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود في العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولأن مادون النفس من العبيد له شبهة النفس وشبهه المال أما شبهة النفس فظاهر لأنه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبهه المال فإنه لا يجب فيه القصاص ولا تتحملة العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبهه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير رضائه بالقيمة كما لو جنى على النفس ويعمل بشبهه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما إذا أتلف المال عملاً بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لأن ذلك عمل بشبهه المال وأنه لا ينفى العمل بشبهه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فيما قلنا ثم الحر إذا فقأ عيني عبدانسان أقطع يديه أو رجله حتى وجب عليه كمال القيمة فلو لم بالخيار ان شاء سلمه الى الفاق وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شيء له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يمسكه ويأخذ ما نقصه وقال الشافعي رحمه الله ان يمسكه يأخذ جميع القيمة (وجهه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضوين الفاقين لا غير فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقأ أحدي عيني أقطع أحدي يديه أنه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملك مالكه كذا هذا (وجهه) قولهما أن الضمان بمقالة العينين كما قال الشافعي عليه الرحمة لكن الرقبة هلك من وجه لقوات منقبة المجلس فيخير المولى ان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاق لوصول عوض الرقبة اليه وان شاء مال الى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقي العبد على ملكه لا يجمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبراً فاقى من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على اجتماع المبيع والتمن في ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبراً فاقى من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لأنه لا يحتل التملك بمقدار المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لأن العوض قبل القبض لا يكون عوضاً فلم يجمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع القاسد اذا قبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن لأن الثمن ليس ببدل في البيع القاسد انما البدل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشتري المبيع فلم يجمع البدل والمبدل في ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبداً بجارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعاً أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لأنه لما عتقهما فسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع في مقابلة ملك العبد فلم يجمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استأجر شيئاً وعجل الاجرة ان المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما اذا غصب عبد أخفى عنده جنائياً ثم رده على مولاه فحفي عنده

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه وهو نصف العبد العوض والمعووض لأن الممتنع اجتماع العوض والمعووض في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لأن ولي الجناية إنما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعووض في ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كن استوهب المبيع من البائع والتمن من المشتري أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وإن كان الجاني عبداً والجاني عليه حراً أو كانا جميعاً عبيدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع إلا أن يختار المولى القداء على ما ذكرنا في جنایات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الذي يجب فيه إرش مقدر ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين واليدين والرجلين والأذنين والحاجبين إذا لم تنبت والشفتين والأشيين والثديين والحلمتين لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن بكل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون في أحدهما النصف لأن وجوب الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمين واليسار لأن الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين أو بالبرص دون الشحمة أو ذهب بالبرص مع الشحمة لأن المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه فصل بينهما فأوجب في السفلى الثلثين وفي العليا الثلث لزيادة جمال في العليا ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة سواهم يدينها وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وأبراهيم رضي الله عنهم وأغبرهما سواء قطع الحلمة من ثدي المرأة أو قطع الثدي وفيه الحلمة فقيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لأن المقصود من الثدي وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضر أو ضربتين إذا كان قبل البرء من الأولى لأن الجناية لا تستقر قبل البرء فإذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كأنه أوقعهما معاً وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سواء لا فضل لبعض على بعض والأصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين أصبع وأصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال هذه وهذه سواء وأشار إلى المختصر والأبهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها أو قطع الكف ومعها الأصابع وكذلك القدم مع الأصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الأصابع في كل أصبع عشر من الأبل من غير فصل بين ما إذا قطع الأصابع وحدها أو قطع الكف التي فيها الأصابع ولأن الأصابع أصل والكف تابعة لها لأن المنفعة المقصودة من اليد البطش وإنما تحصل بالأصابع فكان اتلافها اتلافاً لليد وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو يبس فقيه عقله تأملاً لأن المقصود منه يفوت وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الأصابع وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الأصابع لأن ما في الأصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الأصابع وفي إحدى أشعار العينين ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية إن لم تنبت لأن في الأشعار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وإن نبت فلا شيء فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لأن الجفن تبع للشفر كالشفر والقدم للأصابع وكذا أهداب العينين إذا لم تنبت حكمها حكم الأشعار وفي كل سن خمس من الأبل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والأضراس والأنياب والأصل فيه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في كل سن خمس من الأبل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل إرش الطواحن على إرش الضواحك وهذا غير سديد لأن الحديث

لا يوجب الفضل وهذا لا يجري على قياس الاصابع لان الشرع ورد في كل سن بخمس من الابل لان الاسنان
اثنا وثلاثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجل ضربة فالتى أسنانه كلها فليسه دية وثلاثة
اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنا وثلاثون سنًا عشر واربعة أنياب واربعة ثنايا واربعة ضواحك في كل
سن نصف عشر الدية فيكون جملتها ستة عشر ألف درهم وهي دية وثلاثة اخماس دية تؤدي هذه الجملة في ثلاث سنين
في السنة الاولى ثلث الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهي عشرة آلاف درهم وثلث من ثلاثة اخماس الدية وهي
سنة آلاف درهم وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقي من ثلاثة اخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية
وهو ما بقي من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تؤدي في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها وثلاثة
اخماس الدية وهي ستة آلاف درهم تؤدي في سنتين من السنين الثلاث وهذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية
الكاملة والناقصة في السنتين الاوليين وقدر المؤدى من الدية الكاملة في السنة الثالثة ما وصفنا والله سبحانه وتعالى
أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها جولا للماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأني بالجرأح
حتى تبرأ والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً
أو كبيراً كذا روى في المجر عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيراً وقال أبو يوسف
رحمه الله ينتظر في الصغير ولا ينتظر في الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجهه
قوله أن السن اذا تحركت قبل تسقط فاما اذا سقطت فظاهر انها لا تثبت وجهه قول أبي يوسف في الفرق
بين الصغير والكبير أن الصغير لا تثبت ظاهره أو غالباً وسن الكبير لا تثبت ظاهراً وجهه قول أبي حنيفة رضي الله
عنه أن احتمال الثبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شيء فيها وروى عن أبي يوسف رحمه
الله فيها حكومة عدل وان تفسرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة ففيها الارش تماماً لانه ذهبت
منفتحة وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العظم وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة العدل وروى عن أبي
حنيفة رضي الله عنه انما كان حر فلا شيء فيه وان كان ملو كافيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر
أولى بالبحاب الارش من العبد وقال زفر رحمه الله في الصفرة الارش تماماً كما في السواد لان كل ذلك يفوت الجلال
(ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبي يوسف
انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة والخضرة ففيها عتقها تماماً ويجب أن يكون هذا قولهم جميعاً وان
سقطت فان ثبت مكانها أخرى ينظر ان تثبت حميجة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف
رحمه الله عليه الارش كاملاً كذا ذكر الكرخي رحمه الله وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاري رحمه الله أن على
قول أبي يوسف فيها حكومة العدل وجهه قول أبي يوسف أنه فوت السن والناس لا يكون عوضاً عن الفات لان
هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أ تلف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق
المتلف عليه مثل المتلف ولا يبي حنيفة رحمه الله أن السن يستأني بها فلولا أن الحكم يختلف بالثبات لم يكن للاستيناء فيه
معنى لانه لما ثبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبي هذا اذا ثبتت
بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكامله لان المعادة لا ينتفع بها
لا تقطع العروق بل يبطل بأدنى شيء فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمداً في حكم الميتة حتى قال ان
كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة في سن
نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع أذنه فحاطها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت
عليه فلا يعود الجال هذا اذا ثبتت مكانها أخرى حميجة فاما اذا ثبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان ثبتت
متغيرة بان ثبتت سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء فحكمها حكم ما لو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان الثابت قام مقام

الذاهب فكان الاولى قائمة وتغيرت وقد يتناحكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد نثر
فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان يشرف ان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة
فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم
فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم يشرف لا نبتت له
الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فرعية مسألة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه
لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها
أجرة الطيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتتحرك فأجله
القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت
بضربتي فالمضروب لا يخلو (اما) ان جاء في السنة (واما) ان جاء بعد مضي السنة فان جاء في السنة
فالقياس ان يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شجر رأس انسان موضحة
فصارت منقلة فاختلغا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لابل
صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول
المشجوج وللقياس وجهان أحدهما أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما
ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى
هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسنت في السن لورود الاثر والآخر عن ابراهيم النخعي رحمه الله والاستحسان
وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب
وهو الضرب بالحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهد للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة
الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما
جرى التأجيل حول في السن والتأجيل مدة الحول لا انتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه
فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجة فلم يقدري انتظارها
وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جاء بعد مضي السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول
لا استقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجيء دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط
محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهد للضارب أو لم يشهد لاحد منهما فيبقى المضروب مدعيا ضامنا على
الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا
على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لا انتظار حال السن فاحتتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتتمل
من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما)
الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول
فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر فيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الأمانة ثلث
الدية هكذا روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة
خمس عشرة وفي الأمانة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدروا ان لم يبق لها أثر بان التحمت
ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه
أجرة الطيب (وجه) قوله أن أجرة الطيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكانه أ تلف عليه هذا القدر من المال
ولا بي يوسف أن الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم (وجه)
قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالآثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا جوعيا وكذا الحجاب
أجرة الطبيب لان المنافع على أصل انحيا بنا رضى الله عنهم لا تقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني
العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه
أو ذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده فلا شك في انه يجب عليه ارش هذه
الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل في ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا في الشعر والعقل ولا
يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله في الاملاء يدخل في الكل الا في البصر وقال الحسن بن زياد رحمه
الله لا يدخل الا في الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل في شيء من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة وازهاب
الشعر والعقل وغيرهما جنائتان مختلفتان فلا يدخل احدهما في الاخرى كسائر الجنائيات من قطع اليدين والرجلين
ونحو ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنائتان مختلفتان يختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احدهما في
الاخرى كارش اليدين والرجلين ولا ييوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل
فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليدين والرجل وهذا الفرق يبطل
بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولا يي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل وبين
غيرهما ووجهه أن في الشعر الجنابة حلت في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك
فيه لان كل ذلك حصل في الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر
تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبها واحدا فيدخل الجزء في
الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل في دية اليد كذا هذا وفي العقل الواجب دية
النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تقويته تقويت النفس معنى فكان الواجب دية
النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فمات والله سبحانه وتعالى أعلم
(وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب في كل واحد منهما
تقويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله
عنه انه قضى في شجة واحدة باربع ديات فان اختلفا في ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها
اعتراف الجاني وتصديق المجنى عليه أو نكوله عن التمين وقد يعرف البصر بنظر الاطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان
لانه ظاهر يمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاء حية بين يديه وفي السمع يستغل المدعى كياروى عن اسماعيل بن حماد
ابن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشغل عنها بالنظر في القضاء
ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغل أيضا وفي
الشم يختبر بالرائحة الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع
والافتراق في هذا سواء لان التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب
الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها في بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله
وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه
لا اختصاص به بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعها لصاحبه في الارش وانما دخلت ارشها في دية النفس
عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل ارشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تحمّل العاقلة وان
كان عمدا فدية النفس في ماله وكل ذلك في ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقولة أو أامة
فالشجاج كلها في التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها
الدية حتى لو كانت آمتين أو ثلاث أو امو وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت أربع أو امو

يدخل قدر الدية لا غير ويجب فيها دية وثلاث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيادون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وثلاث دية لانه لا يرى التداخل في الشجاج أصلاً ورأساً ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر الى ارش الموضحة والى حكومة العدل في الشعر فان كانا سواء لا يجب الا ارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر يدخل الاقل في الاكثر أيهما كان لانهما يحيان لمعنى واحد فيتداخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية كي يدخل في ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فاما) اذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وما يلحق بمسائل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة أو اصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعدتجب دية الاصابع ولا شيء في الكف في قولهم جميعاً لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شيء فاذا بقي أكثر الاصابع فلا أكثر حكم الكل وان بقي من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقي منها وان كان مفصلاً واحداً ولا يجب في الكف شيء في قول أبي حنيفة والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله انه اذا بقي من الاصابع شيء له ارش معلوم ولو مفصلاً واحداً دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن في الكف الا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمس دية اليد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل في الكثير أيهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل أقلهما في أكثرهما أيهما كان لان القليل يتبع الكثير لا عكساً فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان ما بقي من الاصابع أو من مفاصلها فهو أصل لان له ارشاً مقدراً والكف ليس له ارش مقدر وهي متصلة بالاصابع فيتبعها في ارشها كما يتبع جميع الاصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة انه ما بقي واحد من أهل الحلة فالقسامة عليهم لا على المشتركين وكذلك الوصية لولد فلان انه ما بقي له ولد من صلبه وان كان واحداً لا يدخل ولد الولد في الوصية وقال أبو يوسف اذا قطع كفاً لا أصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة يتبعها الكف في قول أبي حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوي المتبوع في الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففي الكف مع الاصابع الدية وفي الذراع حكومة العدل في قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من رأس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بماله ارش مقدر يتبعه في الارش كالكف مع الاصابع (وجه) قولهما أن الدية انما تجب في الاصابع والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا أفرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعاً لكان لا يخلو اما ان يجعل تبعاً للاصابع (واما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثاني لان الكف تابعة في نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والاصل عند أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أن أصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل في ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في ارشها غير ارش القدم والاصل عند أبي يوسف وابن أبي ليلى ان ما فوق الكف من اليد يتبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع كي يدخل ارش الكف في الاصابع (واما) الجراح في الحائقة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة والسلام

والسلام انه قال في الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فمما جافتان وفيهما ثلثا الدية وقدر روى عن سيدنا أبي بكر الصديق أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلث الدية وكان ذلك بمحض من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه في ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذاري امرأة بحجر فأصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول والغائط واحد وهي تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في معنى الجائفة وجملة الكلام ان المقضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الاصبغ وما يجري مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد عوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان المقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالا فضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضا وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالا فضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليها الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالا فضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الاكراه ولها الارش بالا فضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها في قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما في الآخر ولهذا لم يدخل المهر في ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كلاب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمسك فعلي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما لا يجمع بينهما بل الاقل يدخل في الاكثر كما يدخل ارش الموضحة في دية الشمر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافي لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الاول في الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش في هذا الفصل يجب في ماله وفي الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون في معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لا يجاب المهر في هذا الفصل لان وجوبه متعلق بفضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيلا لمرأى البضائع كما الحق الا يلاج بدون الاتزال بالا يلاج مع الاتزال في وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة التصور في فضاء الشهوة تعظيلا لمرأى الفروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فافضاها فلا شيء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك في قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليها الدية في ماله وان كانت تستمسك فعليها ثلث الدية في ماله (وجه) قوله انه مأذون في الوطء لا في الافضاء فكان متعديا في الافضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعا فالتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكاره ولو وطى ز وجته فانت فلاشي عليه في قولهما وقال أبو يوسف على عاقلة الدية (وجه)
قوله على نحو ما ذكرنا في الافضاء انه مأذون في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا
على العاقلة وضمن الافضاء في ماله لان الافضاء لا يكون الا بالجائزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب
به في ماله (فاما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل في معنى الخطأ فتحملة العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ما ذكرنا
في الافضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل
مبتدأ فكان فعلا تعديا بمحض فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن اذا
برئت وبقى لها أثر فحقها حكومة العدل وان لم يبق لها أثر فلاشي فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما بينا في الشجة
وان مات فالجراحة لا تخلو (اما) ان كانت من واحد (واما) ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها
القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطأ وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (اما) ان كانت
كلها مضمونة (واما) ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كان الكل مضمونا بان جرحه رجل
جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأت من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما
جراحة واحدة والاخر جرحه جرحتين أو أكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجراح لان الانسان
قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة
واحدة والاخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة
واحدة وجرحه آخر جرحتين وآخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهما أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا
جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا الجرح وح الجراح عن جراحة واحدة من العشر وما
يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط
الربع لانه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر في الضمان ثم لما عفا عن واحدة من
الجراحات العشر انقسمت العشر فيغير حكمها فصارت لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من
العشرة الربع وبقى الربع تبعا للتسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر
ماليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك
ان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجرحتين احدهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فاقسم
الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقى بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جرحتين والسبع جراحة
واحدة أو جرحه السبع جرحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر
النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به
خراج وأصابه حجر رمت به الرمح فمات من ذلك فعل الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل انه يجعل
الجراحات التي ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جرحتين احدهما مضمونة
والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لان
الهدر له حكم واحد فصارت الجراحات التي الواحدة في الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه
رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم الى ذلك شيء مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان على كل رجل
ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جرحتي
الرجلين مضمونة فمات من ثلاث جراحات جرحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط
قدر ماليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجنايات مختلفة الاحكام فانه
يقسم ما ينحصره على جناياته بعد ما قسم عدد الجنايات على أحكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعله بها

ثم ان المأمور جرح المجرحة اخرى بغير أمره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جرحاً ثم عقره سبع
ثم نهشته حية وخرج به خراج فوات من ذلك كله تقسم الدية أرباعاً لان الموت حصل من أرباع جنائيات لان الهدر
من الجنائيات لها حكم جنائية واحدة وجرح المأمور وان اختلف حكمهما فاقسمهما حصلاً من رجل واحد فلا يثبت
لهما في حق شركائه الا حكم جنائية واحدة فثبت ان الموت حصل من أرباع جنائيات فكانت قسمة الدية أرباعاً هدر
الربيع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنائيات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم ما أصاب المأمور
بالقطع تقسم حصته وهي الربع على جرحه فاحداً ماضية وهي التي فعلها بغير أمر المجرح والآخرى غير
مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن وبقي قدر ما هو
مضمون وهو نصف الربع الآخر وهو الثمن الآخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولوان رجلاً أمر عشرة أن
يضر بواعبده أمر كل واحد منهم أن يضر به سوطاً فضر به كل واحد منهم ما أمره ثم ضر به رجل آخر لم يأمره سوطاً
فوات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضر به من قيمته مضر وباعشرة أسواط وعليه أيضاً جزء من
أحد عشر جزءاً من قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضر به
فلا نه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضر وباعشرة أسواط فلا نه ضر به
بعد ما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادى
عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضر وبعشرة فيقوم وهو غير مضر وبقيامه وهو مضر وبعشرة
أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزءاً من قيمته فلا نه مات
من أحد عشر سوطاً كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الأذى فاقسم الضمان على عددهم
ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادى عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب
بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضر وبأحد عشر سوطاً فلا نه البعض الحاصل بضر العشرة حصل بفعل
غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادى عشر فلا نه قد ضمن قصصانه مرة فلا يضمينه ثانياً وانما يدخل
نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد
لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضر به واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع
هناك ضمان جزء وضمان كل فیدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لا لتحادسبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة
أن يضر به كل واحد منهم سوطاً فان كان المولى هو الذي ضر به عشرة أسواط بيده ثم ضر به أجنبي سوطاً ثم
مات من ذلك كله فعلى الاجنبى ما نقصه السوط الحادى عشر من قيمته مضر وباعشرة أسواط وعليه
أيضاً نصف قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً اما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضر وباعشرة أسواط
فما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلا نه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى
بمنزلة جنائية واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنائيات من واحد وان كثرت فهي في حكم جنائية واحدة فصار
كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبى وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبى مضمون فسقط
نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضر وبأحد عشر سوطاً وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة
فما ذكرنا في المسئلة المتقدمه رجل أمر غيره أن يجرحه جرحاً واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جرحاً
أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا المجرح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات المجرح
من ذلك كله فعلى صاحب الجرح الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها بأمر المجرح وح فصار عليه الربع
ثم تقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الجنى عليه حراً

ذكر افا ما اذا كان أنى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها قل أو أكثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية ككالسن والموضحة أى ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى ارش الرجل والمرأة الى ثلث ديتها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويرون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرة وهي نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيعدل على استواء أرش الذكر والانثى في هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف في الحالين واحد وهو الاثوثة ولهذا ينصف ما زاد على الثلث فكذا الثالث ومادونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجنانية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بريعة الراى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراق أنت قال لابل جاهل متعلم وأعلم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنه زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ما ذكرنا من المعنى وقبلة سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صحت لما اشبهت الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة ز يدرى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث الغرة في الجنين فنقول بموجبه ان الحكم في ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والاثوثة وانما الكلام في ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل في الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجانى حرا والجنى عليه حرا فأما اذا كان الجانى حرا والجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ما ذكرنا في الفصل المتقدم ان كل شىء من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصده به المنفعة أو الجال والزيادة في رواية عنه وفي رواية فيما يقصده به الجال والزيادة فيجب النقصان وعندهما في جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجانى فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه وجه قولهما في الفصل الاول

فصل وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجنانية خطأ اذا كانت الجنانية فيما في عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص في عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقدم بيان الجنائيات التي في عمدها القصاص وما لا قصاص في عمدها

فصل وأما بيان الجنانية التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيما دون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجنانية فيما دون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة في الذكور ومائتان وخمسون في الاناث تتحملها العاقلة واختلف فيما دون ذلك في الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون في مال الجانى ولا تتحملها العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان التحمل من العاقلة لتفرط منهم في الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس بأبى التحمل لان الجنانية حصلت من غيرهم وانما عرّفنا ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهي نصف عشر الدية فبقى الامر فيما دون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبهه ضمان الاموال فلا تتحملها العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الاثوثة فان لها ارشا

مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتخمله العاقلة لان الائمة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالا صبيح فكانت
جزأ ائماله ارش مقدر وهو الا صبيح فلا تتخمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة
في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على
ذلك فان سيدنا عمر رضى الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا
فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فاذا ازداد الارش على ثلث
الدية فقد رثلت يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية
فكذلك اذا اشردت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله
تعالى أعلم (وأما) مادون النفس من العبيد فلا تتخمله العاقلة بالاجماع لان مادون النفس من العبيد له حكم الاموال
لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المالك لا تتخمله العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل (وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات
التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان الاقصا من فيه من الجنايات على مادون
النفس وليس له ارش مقدر فقيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجأر أو
الزاجر ما يمكن اذا عرف هذا فتقول في كسر العظام كلها حكومة عدل السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة
المماثلة فيما سوى السن معتذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع
ورد فيها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء
القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذو الخصى والعين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها
ارش مقدر أيضا لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها
عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع
والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لان عدم المنفعة والزينة لكونها جزء من
النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (وأما) الصغير الذي لم يمش ولم يقعد ورجله ولسانه
وأذنه وأنفه وعينه وذكره ففي أنه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه اذا كان يحرهما وكذا في ذكره اذا كان
يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل ما لم يشكلم لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل
بشيء على بصرها فقيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فلان المقصود منهما الجمال
لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكامله كما يوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها
ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجدته في منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه
ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجوده بسبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو
الصحة والا فعارض فكانت الصحة ثابتة ظاهرا لاننا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة
والسلامة لانه كان نطفة وعلة ومضغة فلم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة
ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة
ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقوداتها تصلح لدفع الارث لا لاستحقاقه
وفي الظفر اذا نبت لاشيء فيه في قول أبي حنيفة رضى الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات فقيه حكومة عدل
لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب فقيه حكومة عدل دون ذلك لان الثابت عوض عن
الذاهب فكان الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا نبت أسودان فيه حكومة لما
أصاب من الام بالجراحة الاولى بناء على أصله ان الام مضمون وفي ثدي الرجل حكومة عدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدرا لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حلبة نديه حكم عدل دون ما في نديه لما قلنا وندى المرأة تتبع للحلبة حتى لو قطع الحلبة ثم الشدى فن كان قبل البرء لا يجب الا نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية في الحلبة والحكومة في الشدى لان منفعة الندى الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلبة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب الا لدية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفا حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أقامة طوع الارنية ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنية فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفها متطوعة الا صابع لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الا صابع وكذلك اذا قطع ذكره متطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والاثنين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الاثنين فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الآخر بأن قطعها طولا فان قطع الذكر أولا تجب ديتان أيضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الاثنين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الاثنين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع الاثنين ثم الذكر ففي الاثنين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة الاثنين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الاثنين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الاثنين فتنقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبد أقره ما نقص (وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في الشعر الابيض فلا يقوم التاب مقام الفات (وجه) قول أبي حنيفة ان الشيب في الاحرار ليس يعيب بل هو جمال وكال فلا يجب به ارش بخلاف العبد فان الشيب فيه عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجاني وفيادون الموصحة من الشجاج حكومة عدل وكذا روى عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال مادون الموصحة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك) روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في المتلاحمة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة أقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر مما ذهبت الباضعة زائدا على ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى الجائفة من الجراحات التي في البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لا شيء فيها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمهما الله فيه ارش الالم وعند محمد رحمه الله أجره الطبيب وقدمت المسئلة وان بقي لها أثر فمها حكومة عدل وكذا في شعر سائر البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شيء فيه والله سبحانه وتعالى علم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجاني والجاني عليه عبد يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بخلاف وان كان الجاني والجاني عليه حرا فقد ذكر الطحاوي رحمه الله انه يقوم المجني عليه لو كان عبد أو لا جنانية به ويقوم وبه الجنانية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخي رحمه الله تقرب هذه الجنانية الى أقرب الجنات التي لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحر والظن فيأخذ القاضي بقولهما ويحكم من

الارش بمقداره من ارش الجراحة المقدرة (وجهه) ما ذكره الطحاوى رحمه الله ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرأفأوجب نقصا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي رحمه الله ينكر هذا القول ويقول هذا يؤدي الى أمر فطبيع وهو ان يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لا وجبنا في السمحاق أكثر مما يوجب في الموشحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما الجناية على ما هو نفس من وجهه دون وجهه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقتل جنينا فيتعلق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنسين لا يخلو اما ان يكون حراً بان كانت أمه حرة أو أمة عقلت من مولاهما أو من مغرور واما ان يكون رقيقاً ولا يخلو اما ان القته ميتاً واما ان القته حياً فان كان حراً وألقت ميتاً ففيه الغرة والكلام في الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها وفي بيان من تجب عليه وفي بيان من تجب له أما الاول فالغرة واجبة استحساناً والقياس ان لا شيء على الضارب لانه يحتمل ان يكون حياً وقت الضرب ويحتمل انه لم يكن بان لم يخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ما روى عن معيرة بن شعبة رضي الله عنه انه قال كنت بين جارتين فضربت احدهما الاخرى بسطح فالقتل جنينا ميتاً واما تفتقير رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضي الله عنه اختصم اليه في املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضي الله عنه أشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً فام المغيرة رضي الله عنه فقال كنت بين جارتين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضي الله عنه من شهد معك بهذا فقام محمد بن سامة فشهد فقال سيدنا عمر رضي الله عنه كذا ان نقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى هذه القصة أيضاً حماد بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حياً فقد فوت الضارب حياته وتقويت الحياة قتل وان لم يكن حياً فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالغمر ولما منع من حدوث الرق في الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وإن لم يستبين شيء من خلقه فلا شيء فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكر أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة في اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرهار رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والامة وروى انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين غرة عبد أو أمة وخمسائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصارت الغرة في عرف الشرع اسماً للعبد وامة يعدل خمسمائة وخمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله مقدرة بستائة وهذا فرع اصل ما ذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا في الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعندهم مقدرة بثنى عشر الفا فكان نصف عشرها ستائة ثم ابتدأ الدليل على صحة مذهبننا ان في بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين غرة عبد أو أمة وخمسمائة وهذا نص في الباب (وأما) بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروى ان عاقلة الضاربة قالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية الى أنفسهم على وجه الانكار ولا نهابدل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من تجب له
 ففى ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله انما لا تورث وهى
 للأم خاصة (وجه) قوله ان الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم فكانت الجنابة على الأم فكان الارش لها كسائر
 أجزائها (ولنا) ان الغرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثاً كالدية (والدليل) على انها بدل نفس الجنين لا بدل
 جزء من أجزاء الأم ان الواجب فى جنين أم الولد ما هو الواجب فى جنين الحرة ولا خلاف فى ان جنين أم الولد جزء
 ولو كان فى حكم عضو من أعضاء الأم لكان جزء من الأم حر أو بقية أجزائها أمة وهذا لا يجوز (والدليل) عليه انه عليه
 الصلاة والسلام قضى بدية الأم على العاقلة بغرة الجنين ولو كان فى معنى أجزاء الأم لما أفراد الجنين بحكم بل دخلت
 الغرة فى دية الأمة كما اذا قطعت يد الأم فماتت انه تدخل دية اليد فى النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية
 إياهم فقالت اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام انى
 أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنيتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزء من أجزاء الأم
 لرفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الأم فكانت معتبرة بنفسه لا بالأم ولا يرث
 الضارب من الغرة شيئاً لأنه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لأنه
 عليه الصلاة والسلام لما قضى بالغرة على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان ولو كانت واجبة
 لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها فى الجنين من الايمان والكفر حقيقة وأحكامها
 قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وان كان من قوم ينكم ويبنهم ميثاق أى كان
 المقتول ولم يعرف قتله لأنه لم تعرف حياته وكذا ايمانه وكفره حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فلا شك فى انتفاها لان الايمان
 والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفارة من باب المقادير
 والمقادير لا تعرف بالرأى والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والاجماع ولم يوجد فى الجنين الذى
 اتى ميتاً شئ من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين شمس من وجهه دون وجه
 بدليل انه لا يجب فيه كمال الدية مع ما ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلاً نسبياً لا مباشرة والقتل نسبياً لا بوجوب
 الكفارة كحفر البر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتاً الا ان يشاء
 ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب ولينتقرب الى الله تبارك وتعالى بما يشاء ان استطاع ويستغفر الله
 سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبى يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لأنه ان ارتكب محظوراً أفندب
 الى ان يتقرب بالكفارة لحوه هذا اذا لفته ميتاً فاما اذا لفته حيافات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئاً وعليه
 الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلأنه لما خرج حيافات علم انه كان حياً وقت
 المضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه فى معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا اذا لقت جنيناً واحداً فاما اذا
 لقت جنينين فان كانا ميتين فى كل واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا فى كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب
 كل واحد منهما وهو الاتلاف الا انه أتلفهما بضربة واحدة ومن أتلف شخصين بضربة واحدة تجب عليه ضمان
 كل واحد منهما كالأفراد كل واحد منهما بالضرب كما فى الكبيرين فان لقت أحدهما ميتاً والآخر حياً ثم مات
 فعليه فى الميت الغرة وفى الحى الدية لوجود سبب وجوب الغرة فى الحين الميت والدية فى الجنين الحى فيستوى فيه
 الجمع فى الاتلاف والافراد فيه فان ماتت الأم من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه ديتان دية فى
 الأم ودية فى الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد موتها ميتاً فعليه دية الأم ولا شئ
 عليه فى الجنين وقال الشافعى رحمه الله يجب عليه فى الجنين الغرة (وجه) قوله ان أتلفهما جميعاً فيؤخذ بضمان
 كل واحد منهما كالأفراد الجنين ميتاً ماتت الأم (ولنا) ان القياس يأبى كون الجنين مضموناً أصلاً

لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت الام وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان في حال مخصوصة وهي ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثاني في نفي وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حراً فاما اذا كان رقيقاً فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبي يوسف ان في جنين الامة ما نقص الام وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام أما الكلام مع أبي يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان ضمان الجنائية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قال انه لا تزداد قيمته على دية الحر بل تنقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبي يوسف رحمه الله ضمان المال حتى قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصارت جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا تقصان الام كذا ههنا (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بأمه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه لا بأمه فيما تقدم والدليل عليه أيضاً ان ضمان جنين الحر موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبراً بأمه لسلّم لها كما سلّم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون في جنين الامة اذا كان رقيقاً نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب في الجنين الحر خمسة اذ ذكرنا ان أوثى وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم ان يكون في الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكر الاعتبار بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتباراً بالحر وان خرج حياً ثم مات قيمته لما قلنا في الجنين الحر فان القتل جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا في كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حال الافراد لما ذكرنا في الجنين الحر فان القتل أحدهما ميتاً والاخر حياً ثم مات في كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الافراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه قيمتان قيمة في الام وقيمة في الجنين وان خرج الجنين ميتاً بعد موت الام فعليه في الام القيمة ولا شيء عليه في الجنين لما ذكرنا والا اصل ان في كل موضع يجب في الجنين الحر العرة ففي الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكر أو عشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب في المضروبة اذا كانت حرة الدية في الامة القيمة وفي كل موضع لا يجب في الجنين هناك شيء لا يجب هنا شيء أيضاً لما ذكرنا في جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب في جنين الامة يكون في مال الضارب يؤخذ منه حالا ولا تتحمله العاقلة والواجب في جنين الحر يكون على العاقلة لان تحمل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص ورد بالتحمل في العرة في جنين الحر فبقى الحكم في جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

— • • • —

﴿ كتاب الخنثى ﴾

(الكلام) فيه يقع في مواضع في تفسير الخنثى وفي بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفي بيان حكم الخنثى المشكل (أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكر أو أنثى حقيقة فاما ان يكون ذكر أو اما ان يكون أنثى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فاما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات الهيمية وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة في الكبره وندبين كشدي المرأة ونزول اللبن في ثدييه والحيض والحبل وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والانثى وأما العلامة في حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعاً يحكم بالسبق لان سبق البول من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصلي وان اخرج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما الآخر فتوقف أبو حنيفة رضي الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبي حنيفة رضي الله عنه لأن التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد يحكم الكثرة لأنها في الدلالة على المخرج الأصلي كالسبق فيجوز تحكيمه وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن كثرة البول وقلته لسعة المحل وضيقة فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السبق وحكي أنه لما بلغ أبا حنيفة قول أبي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكماً يزن البول فإن استوى ياتوقفاً أيضاً وقال هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما حكم الخنثى المشكل فله في الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الأحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل أن يختنه لا حتمال أنه أنثى ولا يحل له النظر إلى عورتها ولا يحل لامرأة أجنبية أن تختنه لا حتمال أنه رجل فلا يحل لها النظر إلى عورتها فيجب الاحتياط في ذلك وذلك أن يشتري له من ماله جارية تختنه أن كان له مال لأنه أنثى فلا تختن بالأنثى عند الحاجة وإن كان ذكر افتختنه أمته لأنه يباح لها النظر إلى فرج مولاه وإن لم يكن له مال يشتري له إلا ما من مال بيت المال جارية ختانة فاذا اختنته باعها ورد ثمنها إلى بيت المال لأن الختان من سنة الإسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها إلى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل يزوجها إلا ما من امرأة ختانة لأنه أن كان ذكر أفلأمرأة أن تختن زوجها وإن كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل أن يغسله لا حتمال أن يكون أنثى ولا يحل للمرأة أن تغسله لا حتمال أنه ذكر ولكنه يميم كان الميم رجلاً أو امرأة غير أنه أن كان ذارحم محرماً منه يعمه من غير خرقه وإن كان أجنبياً يعمه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف في الصفوف في الصلاة فإنه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطاً على ما ذكرنا في كتاب الصلاة وأما حكم امامته في الصلاة أيضاً فقدم فلا يؤم الرجال لا حتمال أنه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنازة على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر في كتاب الصلاة لجواز أنه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط في ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كأنه امرأة في استحقاق الزيادة شريك فلا يثبت بالشك وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الأنصبة وهو نصيب الأنثى إلا أن يكون أسوأ أحواله أن يجعل ذكر الخنثى يجعل ذكر أحكاماً بيان هذا في مسائل إذا مات رجل وترك ابناً مرفاً وولداً خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثاً لابن المرف الثلث وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى هنا أنثى كأنه ترك ابناً وبناتاً ولولدت خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أنثى كأنه ترك بنتاً وعصبة ولولدت أختاً لاب وأم وخنثى لاب وعصبة فلاخت للاب والام النصف والخنثى لاب السدس وكلمة الثلثين والباقي للعصبة ويجعل الخنثى أيضاً هنا أنثى كأنه ترك أختاً لاب وأم وأختاً لاب وعصبة فإن تركت زوجاً وأختاً لاب وأم وخنثى لاب فلزوج النصف وللأخت للاب والام النصف ولا شيء للخنثى ويجعل هنا ذكرًا لأن هذا أسوأ أحواله لا نألو جعلناه أنثى لأصاب السدس وتعول القرية ولو جعلناه ذكرًا لا يصيب شيئاً كأنها تركت زوجاً وأختاً لاب وأم وأختاً لاب وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الشعبي رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى لأنه يمتثل أن يكون ذكرًا أو يمتثل أن يكون أنثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لأن الأقل ثابت بيقين وفي الأكثر شك لأنه أن كان ذكرًا فله الأكثر وإن كان أنثى فله الأقل فكان استحقاق الأقل ثابتاً بيقين وفي استحقاق الأكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الأصل المهور في غير الثابت بيقين أنه لا يثبت بالشك ولأن سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المرف وهو ذكر فيه وإنما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فإذا احتمل أنه ذكر واحتمل أنه أنثى وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الأصل المهور في

الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك واختلاف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله ونحوه في ما اذا ترك ابنا معروفا وولد اخنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أر بعة أسهم منها للابن المعروف وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثني عشر سهما سبعة منها للابن المعروف وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد ونحوه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهما وهوان يكون ذكر او لابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهوان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلاث سهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة الا استحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا وأنثى وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالتين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالأسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثني عشر سهما للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهما فالخنثى يستحق في حال ستة من اثني عشرو هي ان يكون ذكرا وفي حال أر بعة من اثني عشرو هي ان يكون أنثى فالأر بعة ثابتة بيقين وسهما يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهما يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف ونحوه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست احدهما بأولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أر باع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن المعروف أر بعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في شرح مسائل الجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله البهقي رضى الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزوائد في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه النشامل بابا في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضى الله تعالى عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى من حيث يبول وهو مذنب الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الالحاق بهن وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه حكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بحجب الرجال في افساد صلاة الرجل ويقوم خلف الرجال وقدام النساء ولا يلبس الحرير الحاقا بالرجال وفي القصاص فيما دون النفس مثل المرأة ولومات يرم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ويسجى قبره ويدخل قبره وذو رحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة لم يترج بامه ولو زوجه ابوه امرأة يؤجل كالنمين سنة ولا حد على قاذفه اعتبارا بالمحبوب والرتقاء وفي الكل يعتبر الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعا عتق لما عرف (وقوله) انا ذكرا وأنثى لا يقبل لانه منهم ويشترى امرأة بان يشتري له أمة من ماله للخدمة فان لم يكن له مال فن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البيعة انما كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البيعتين وقتا اقدم فيقضى له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسير لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه الجزية لان هذا من احكام الرجال أوصى رجل لماني بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاما وخمسمائة ان كانت جارية وكان مشكلا لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله له نصف الف والخمسمائة قال وخروج الحية دليل انه رجل والثدي على مثال ثدي المرأة مع عدم الحية والحوض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على ان أحدهما رجل والاخر امرأة صح الوقف في النكاح حتى تبين فان ماتا قبل البيان لم يتوارثا لما مر شهد شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لانها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهر أقضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئا لم اسمع البيعة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوصايا

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز الوصية وفي بيان ركن الوصية وفي بيان معنى الوصية وفي بيان شرائط ركن الوصية وفي بيان صفة عقد الوصية وفي بيان حكم الوصية وفي بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الوصية لانها تملك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تملك كالا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة العكرية والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى في آية الموارث يوصيكم الله في أولادكم الى قوله جعلت عظمته من بعد وصية يوصي بها أو دين ويوصي بها أو دين وتوصون بها أو دين شرع الميراث مرتباً على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أتمم ضربتم في الارض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشهاد على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فاروى ان سعد بن أي وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضاً فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أوصى بجميع مالى فقال لا فقال بثلث مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراء يتكففون الناس فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا في آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة في أعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعاً من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة العكرية والاجماع مع ما ان ضرباً من القياس يقتضى الجواز وهو ان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقرية زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تدارك ما فرط في حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت للحوائج العباد فاذا امتست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه في قدر جهازه من الكفن والدفن وبقي في قدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد الحاجة الى ذلك كذلك ههنا وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه بيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالخج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة في الابتداء للوالدين والاقر بين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقر بين المعروف حقاً على المتقين ثم نسخت واختلف في الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روى عن أبي قلابة رضى الله عنه عليه

الصلاة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العز يز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضربان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به فقرأنا من غير ظهور المنع والكبر عليهم في العمل به الا انهم ماروه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل بهذا مع ظهور القول أيضاً من الأئمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العز به كما يجوز بالتواتر في الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحداً للتواتر في الرواية يكفر وجاحداً للتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمعى عرف في أصول الفقه وقال بعض العلماء نسخها آية الموارث وفي الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذي حق حقه أى كل حقه فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذى أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق له في الوصية كالتحول من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبله وكذلك اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكفى الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقية واجبة للوالدين والاقر بين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان والاقر بنون الوارثين بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصاً للعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقر بين المسلمين ثم نسخت بمحدث أبي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن ففى غير واجبة بل جائزة فبه أخذ الفقيه أبو الليث (وأما) الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلاً وله ورثة فقراء فلا يفضل أن لا يوصى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سمعته من رسول الله تعالى عنه انك ان تركت ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان أولى وان كان ماله كثيراً فان كانت ورثته فقراء فلا يفضل أن يوصى بمدون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث لما روى عن سيدنا على رضي الله عنه انه قال لان اوصى بالخمس أحب الى من أن اوصى بالربع ولان اوصى بالربع أحب الى من أن اوصى بالثلث ومن اوصى بالثلث لم يترك شيئاً أى لم يترك من حقه شيئاً لورثته لان الثلث حقه فاذا اوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيئاً لهم وروى عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصدوا بالربع جهدوا بالثلث حيف وان كان ورثته أغنياء فلا يفضل الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لا قارب به الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقرىب المعادى أفضل من الوصية للقرىب المعادى لان الصدقة على المعادى تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لذلك الذى اشتري عبداً فاعتقه فان شكرك فهو خير له وشركك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادى سبب لزال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى القرىبان في الفضل والدين والحاجة واحد هما معادى (فاما) اذا كان المولى منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى

فصل وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فمالم يوجد جميعاً لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايحباب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من المالكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذلك ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ما سعى فظا هره أن لا يكون للانسان شئ بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفي الا ما خص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة والثاني أن الموصى به قد يكون شياً يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار في الاصل فقال أريت لو أوصى بعبيد عريان أوجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفعهم من غير أن يكون له منهم نفع فلولزمه الملك من غير قبوله لحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الازام اذ ليس للموصى ولاية الازام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الازام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يمتنع عليه ما لم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا اعتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يمتنع ولومات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به مملوكا ورثة الموصى له استحقاقا والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار ان شاءوا قبلوا وان شاءوا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركني العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحدا ركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجارية بنته التي ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له ما لم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا ماتت صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولاداً ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقط صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول ثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له في الجارية من ذلك الوقت كما في البيع بشرط الخيار ان عند الإجازة ثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك العيين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكا لورثة الموصى والا ولادارقاء لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد في نصفه وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد في نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذي قبل لانه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاومة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاومة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية

فوقت القبول ما بعد موت الموصي ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لا مرأته اذا جاء غد فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاجارة والهبة لان شيئاً من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذكر الكرخي عليه الرحمة في حد الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه فقوله ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كالخج والركاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو في مرضه عدم قسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الاعناق والهبة والحبابة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ في الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدر من ماله مشاعاً أو معيناً ان قدر ما يستحقه الموصي له من مال هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثه لا يستحق الموصي له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصي له ما كان على ملك الموصي عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سباعه في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمي أو نخلة من نخلي أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمي هذه ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلي هذه فان الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشتري مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشتري غيرهن أو باع النخل واشتري غيرها فان للموصي له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال في تلك الحالة لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي أو ولدت الجوارى قبل موته فلحققت الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاءوا من الامهات وان شاءوا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بياناً أن الشاة المعينة هي من الموصي بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداءً فاحدث من نعمتها بعد الموت يكون للموصي له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصي فلا يستحقه الموصي له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحدث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلاً بها فهو للموصي له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلك الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصي له ملكه بملك الاصل فيكون مضموناً بالانلاف قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمي هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتي فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لانه عين الموصي به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجوارى في حال

حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الأولاد ليس لهم ذلك لأن الوصية تعلقت بعين مشار إليها وإن لم يثبت الملك فيها ينزل في غيرها فإن دفع الورثة إليه جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت لأن الوصية لم تكن وجبت فيها لأن الملك في الوصية إنما ينتقل بالموت. فحدث قبل الموت حدث على ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لأنه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فإن ماتت الأمهات كلها الواحدة تعينت الوصية فيها لأنه لم يبق من زاحمها في تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فإن ماتت الأمهات كلها وقد بقي لها أولاد حدثت بعد الموت وأحرق النخل وبقي لها ثم حدثت بعد الموت فعلى الورثة أن يدفعوا إليه ولد جارية وثمر نخلة لأن الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث بعده فاذا هلك الأم بقي الحق في الولد على حاله ولا يظهر في حادث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

فصل وأما شرائط الركن فبعضها يرجع إلى نفس الركن وبعضها يرجع إلى الموصى وبعضها يرجع إلى الموصى له وبعضها يرجع إلى الموصى به (أما) الذي يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبط بقي الإيجاب بلاقبول فلا يتم الركن وبيان ذلك إذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما قبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لأنه أوصى لهما جميعاً فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لوقبلها فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعاً فبطلت الوصية ولو أوصى بهما لانسأ ثم أوصى بهما الآخر لم يصح القبول لأنه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما في القبول فإذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن في حقه بل بطل الإيجاب في حقه فعاد نصيبه إلى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين إذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضي بالشفعة أن ذلك النصف يكون للمشتري ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذي يرجع إلى الموصى فأنواع منها أن يكون من أهل التبعية في الوصية بالمال وما يتعلق به لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته فلا بد من أهلية التبرع فلا تصح من الصبي والمجنون لأنهما ليسا من أهل التبعية لكونه من التصرفات الضارة المحضة إذ لا يقا به عوض دينوى وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام بافع وهو الذي قرب إدراكه ولأن في وصيته نظر الله لأنه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب لأنه يزول عنه جبراً شاء أو أبى فكان هذا تصرفاً فاعاً في حقه فأشبهه صلاة التطوع ووصوم التطوع والجواب أما إجازة سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبي في مثله جائزة عندنا لأنه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فسلم لكنه ليس بعوض دينوى فلا يملكه الصبي كالأصدة مع ما أن هذا في حد التعارض لأنه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى في بعض الأموال لما ينأفياً تقدم وسواء مات قبل الإدراك أو بعده لأنها وقعت باطلة فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك إلا بالاستثناء وسواء كان الصبي مأذوناً في التجارة أو محجوراً لأن الوصية ليست من باب التجارة إذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية إلى ما بعد الإدراك بأن قال إذا أدركت ثم تمت فثلث مالى لفلان لم يصح لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لأنهما ليسا من أهل التبعية ولو أوصيا ثم اعتقا وملكهما مالا ثم ماتا لم تجز لوقوعها باطلة من ابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية إلى ما بعد العتق بأن قال إذا عتقت ثم تمت فثلث مالى لفلان صح فارق بين العبد والصبي ووجه الفرق أن عبارة الصبي فيما يتضرر به ملحق بالعدم لتقصان عقله فلم يصح عبارته من الأصل بل بطلت والباطل لا يحكم له بل هو ذاهب متلاشي في حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدرها عن عقل عيزالاً أن امتناع تبرعه لحق المولى فإذا

عق فقد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لأنها انجباب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كما يجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطي لأن هذه العوارض تهوت الرضا وأما اسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذي بالمال للمسلم والذي في الجملة لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن إذا أوصى للمسلم أو الذى يصح في الجملة لما ذكرنا غير أنه ان كان دخل وارثه معه في دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف مازاد على الثلث على اجازة وارثه لأنه بالدخول مستأمننا ألزم أحكام الاسلام أو ألزمه من غير التزامه لا مكان اجراء الاحكام عليه مادام في دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة وارثه وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما في المسلم والذي وكذلك اذا كان له وارث لكنه في دار الحرب لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وخفهم غير معصوم لأنه لا عصمة لا نفهم وأموالهم فلا لا يكون لحقهم الذى في مال مورثهم عصمة أولى وذكر في الاصل ولو أوصى الحربى في دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار أو صار واذمة ثم اختصا الى في تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلك قبل الاسلام بطلت لان الحربى من أهل التملك ألا يرى أنه من أهل سائر التملكيات كالبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة في نفسها إلا أنه ليس لنا ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها في دارهم فاذا أسلموا أو صار واذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها مادام الموصى به قائما فاما اذا صار مستهلكا بطلنا الوصية وألحقنا بالعدم لأن أهل الحرب اذا أسلموا أو صار واذمة لا يؤخذون بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها ان لا يكون على الموصى دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لأن الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك وتعالى في آية الموارث من بعد وصية يوصى بها أو دين وتوصون بها أو دين ويوصين بها أو دين ولما روى عن سيدنا على رضي الله تعالى عنه أنه قال انكم ترون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضي الله عنه الى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم وروى انه قيل لابن عباس رضي الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضي الله عنه كيف ترون آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا تبدون قالوا بالدين قال رضي الله عنه هو ذلك ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شيء يصرف الى الوصية والميراث والا فلا (وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدأ دفعه الى الموصى له ثم يدفع الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشراكة والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيئا قل أو كثيرا ولا يستحق منه الورثة ثلثيه ويكون فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقي بل الهالك يهلك على الحقين والباقي يبقى على الحقين كما اذا هلك شيء من الموارث بعد الوصايا بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفى كل الدين من الباقي وانما معناه انه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب القرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أى سوى ما لكم ان توصوه من الثلث أو صا كم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى الموصى له فنهنا أن يكون موجودا فان لم يكن موجودا لا تصح الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج ما اذا قال أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا في البطن صحت الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرأية وعند الطحاوي رحمه الله من وقت وجود الوصية وجهه ما ذكره الطحاوي رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرأية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لأنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الرأيتين تيقنا أنه كان موجودا اذا المرأة لا تقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال انها علققت بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فاله الوصية لان نسب الولد ثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصبح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف محتجا على القبض ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف وان كان في بطنها غلام فلها وصية ألفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلها جميع الوصية لانها أوصى لهما جميعا لكن لاحد منهما بالف وللاخر بالفين وقد علم كونهما في البطن أما الجارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم انها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لكثير من ستة أشهر بيوم أو يومين علم أنه كان في البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما في البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أي الغلامين شأوا وأي الجاريتين شأوا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فالوصية باطله بناء على مسألة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلاث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلاث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غير ان عند أبي يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاءا فاقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز في قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما في البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قرنت النكاح منعت من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذي في بطن فلانة غلاما فلها ألفان وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شيء من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله ان كان الذي في بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية في كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيئا بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان في بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان في بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما في البطن بل الشرط فيه أن يكون في بطنها غلام وأن يكون في بطنها جارية وقد كان في بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما في بطن دابة فلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا هذا هو حكم الوصية لما في البطن فأما حكم الاقرار بما في بطن فلانة فهذا في الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم بين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جاز الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود مادة فان بين سببا هو جاز الوجود مادة بان قال لما في بطن فلانة على ألف درهم لاني استهلك ماله أو غصبت أو سرقته جاز اقراره في قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود مادة بان قال لما في بطن فلانة

على ألف درهم لاني استقرضت منه لا يجوز في قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين
 للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما في بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل في قولهما
 وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب
 متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحه حاله ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المدينة لانه هو
 السبب الموضوع لثبوت الدين وانه في الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنه أن يكون
 حيا وقت موت الموصي حق، لو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت
 موت الموصي ولد ميتا لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كإليس من أهل استحقاق
 الميراث بان ولد ميتا وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للميت لان الميت لا يصلح
 محلا لوضع الوصية فيه ولهذا الوصي لم يمت كان كل الوصية للميت كالأوصى لا أدى وحائط والله سبحانه
 وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبي
 قلابه رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه
 فلا وصية لوارث وفي هذا حكاية وهي ما حكى أن سليمان بن الأعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده
 أبو حنيفة رضي الله عنه فوجده يوصي لابنيه فقال أبو حنيفة رضي الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يأبأ حنيفة فقال
 لا نكرويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يامعشر الفقهاء أتم الاطباء
 ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية
 الى الميراث على ما بينا فيما تقدم ولا نالوجوزنا الوصية للورثة لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايداء البعض
 وإباحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون
 وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخته وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت
 الموصي ثم مات الموصي لم تصح الوصية لان الموصي له وهو الاخ صار وارث الموصي عند موته ولو أوصى لاخته
 ولابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصي صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته
 محجوبا بالابن وانما اعتبرت الورثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتملك للمال ليعتبر كونه
 وارثا وقت وجودها بل هي تملك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة في المرض بان وهب المريض
 لوارثه شيئا ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض في معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث
 وعلى هذا يخرج ما زاد أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة
 أجنبية بدين ثم تزوجها اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصي فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهي وارثته
 عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار فاعتباره حال وجوده وهي أجنبية حال وجوده فاعتراض
 الزوجية بعد ذلك لا يبطله وكذلك الوهب لها هبة في مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض
 مرض الموت تعتبر بالوصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصراني صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن
 قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصراني ثم
 أسلم لم يحز اقراره عند أصحابنا الثلاثة رحمه الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا
 في المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الورثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما
 قلنا في المرأة (ولنا) أن الورثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها
 للمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال
 المانع كما في البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع في الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو يقال ان اقرار المر يض لوارثه انما يرد للتمهة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخلاف ما اذا أقر لا امرأة أجنبية ثم تزجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك وبعد وجودها لا تحتل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح ويثبت الدين في ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أو ان اعتبار الوصية أو ان الموت وهو ووارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه أجنبي عن الموصي فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أولا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا في الاقرار لابنه النصراني اذا أسلم ولو أوصى لبعض ورثته فجاز الباقي جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بآثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث الا أن يجزها الورثة ولو أوصى بثلاث ماله لبعض ورثته ولا جني فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبي وبين الوارث نصفين وان ردوا جازت في حصصة الاجنبي وبطلت في حصصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبي لان الوارث ليس بحمل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحي وميت أن الوصية كلها للحي لما قلنا كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتل الجواز بالا جازة وبه تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل في حصته رد الباقي واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد فبقيت في حق الاجنبي على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فرد أحد همدون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولا جني كما اذا قر لهما بالف درهم والوارث مع الاجنبي تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا لا للوارث ولا للاجنبي لان الوصية تملك فبطلانه في حق أحدهما لا يوجب البطلان في حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح في حق الاجنبي لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبار عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبي فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبي واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فأصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الاجنبي الى تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا فنزعتهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبي شركة الوارث أو رد الورثة اقراره فالأقرار باطل أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثة المقر فأصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وعند محمد يصح اقراره في حق الاجنبي ويكون له خمسة اثنان وان كان الاجنبي يكذب الوارث والوارث يصدقه في ذلك فان خمسة اثنان مما أصابه للاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت خمسة اثنان دين وأنه مقدم على الميراث الا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة فكان القول قول الاجنبي ويأخذ تلك الخمسة اثنان كلها ولو أوصى لعبد ووارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصي به للوارث وقت الوصية فكان وصية للوارث من

وجه فلا تصحح الا اذا اعتق قبل موت الموصي فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصي وهو كان حرا
عند موته وكذا اذا اوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صح وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه
ومولاه وارثه ولو اوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لو ارثه في الحال والمآل في الحال باداء بدل
الكتابة وفي المآل بالعجز ولو اوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز
له الوصية (واما) أن يعجز ويرد في الرق فيصير ميرا نالجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون في هذه الوصية ايثار
بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو اوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قاتل الموصي قتلًا حراما على
سبيل المباشرة فان كان لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط
وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره
ولان الوصية تملك وتملك والقتل لا ينافي أهلية التملك (ولنا) ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية
لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء عذرك الشئ منكره في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين
أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر
وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلماني أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة
ويروى لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة
والسلام الى زمن التابعين رضي الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار في الاصل وقال
والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل كما يتأذى البعض بوضعها
في البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بحاله نظر الهم
لثلاثين يل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظر الله
ل حاجته الى دفع حوائجها الاصلية وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو
القربة فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشئ من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى
الا مرفها على أصل القياس ولان القاتل يفرح بحق جناية عظيمة فتستدعي الزجر بالبلغ الوجوه وحرمان الوصية
يصالح زاجر الحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القاتل عمدا أو خطأ لان القاتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذه عليه
عقلا وسواء اوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تملكها بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية
أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه
وتجوز الوصية لابن القاتل ولا بويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا
تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة في قتل رجل فوصى لبعضهم بعد
الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على السكال حين وجب القصاص على كل واحد منهم
فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجناية واعتق عبده ثم مات فالوصية
باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى في قيمته (اما) بطلان الوصية فلما ذكرنا ان كل واحد منهم قاتل فكان
الموصي له قاتلا فلم تصح الوصية له (واما) صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل في
مرض الموت والاعتاق في مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغي أن لا ينفذ اعتاقه
والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تملك والاعتاق
اسقاط الملك وازالة لا الى أحدهما متغايران بل متغايران حقيقة وكذا الاعتاق ينجر حكمه للحال وحكم الوصية
يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق في مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من
الثالث لا غير والثاني ان كان في معنى الوصية فالوصية بالا اعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

تري ان العبد يسمى في قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية رد الوصية معنى والعق بعد وقوعه وان كان لا
يحتمل النقص صورة يحتمله معنى برد السعاية التي هي قيمة الرقبة ولو أوصى لعبد بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته
غير انه يعتق ويسمى في جميع قيمته أما بطلان الوصية فلانه وصية للقاتل وأما نفاذ العق فلان الوصية للقاتل
ليست باطلة بل هي صحيحة ألا ترى انها تقف على اجازة الورثة في ظاهر الرأية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له
بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فسامات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه
يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقص من حيث المعنى برد السعاية كالأوصى نصابه في مرض
موته أو أضاف العق الى ما بعد الموت بالتدبير غير ان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان
الاعتاق متجزى عنده فيعتق ثلث رقبته ويسمى في ثلثيه لانه معتق البعض ويسمى في ذلك الثلث الذي عتق ردا
للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان
الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسمى في كل قيمته رد الوصية معنى فانفق الجواب وهو السعاية في جميع
قيمه وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر في الاصل انه يجوز
ولم يذكر خلافا وذكر في الزيادات ان على قول أبي يوسف لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل على الجواز عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لأبي يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية للقاتل وقال عليه الصلاة
والسلام ليس لقاتل شيء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع
القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بإشراك
البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقيين فهنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة
ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا جاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا جازت الوصية
لبعض الورثة باجازة الباقيين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان
القاتل صبيلا لان قتله لا يوصف بالجريمة ولهذا لم يتعلق شيء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية
وكذا القتل تسبيحا لا يمنع جواز الوصية كالأصناف لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب الفرائض وأما الاقرار
للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويحجب عازلا ان اقرار المريض مرض الموت في معنى
الوصية ألا ترى انه لا يصح لو ارثه كالأوصى وصيته له واذا كان يذهب ويحجب كان في حكم الصحيح فيجوز
كما لو اقر لو ارثه في هذه الحالة وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية فلا تصح للقاتل وعفو المريض عن القاتل
في دم العمد جائز لقوله تعالى وان تغفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطلقا من غير فصل بين حال المرض
والصحة ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو القرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص
ليس بمال وبهذا على الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفو
بمنزلة الوصية بالمال وانما جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كالماتج على العاقلة ولا يجب على القاتل شيء
لانه لو وجب لم يصح عفو من الثلث في حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما
جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل
ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر في الاصل اختلافا وذكر في الزيادات قول
أبي يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قول أبي
يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرم الميراث اجازته الورثة أولا ولانه لما قتله بغير
حق صار كالحربي والوصية للحربي لا تجوز اجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرأية ان عدم الجواز
لمكان حق الورثة لما ذكرنا في الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقيين

بل أولى لأن من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها
الاجازة هناك فلان تلحقها ههنا أولى ومنها ان لا يكون حر بيا عنده مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو
ذمي لان التبرع بتخليك المال اياه يكون اعانة له على الخراب وانه لا يجوز وأما كونه مساماً فليس بشرط حتى لو كان
ذمياً فأوصى له مسلم أو ذمي جاز وكذا لو أوصى ذمي ذمياً لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان
لهم ماله للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصي مساماً أو ذمياً كذا لهم وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل
ملته لموم الحديث ولان الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم وهذا يمنع
جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأماً فأوصى له مسلم أو ذمي ذكر في الاصل انه يجوز لانه في عهدنا فأشبهه الذي
الذي هو في عهدنا ونجوز الوصية للذمي وكذا الحر في المستأمن وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز
وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فاتهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية
الى الحر في المستأمن لما فيه من الاعانة على الخراب ويجوز صرفها الى الذمي لانا مانهيننا عن بر أهل الذمة لقوله
سبحانه وتعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلواكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبرؤهم وتسقطوا اليهم قيل ان في
التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة وابتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضاً وكذا كونه من
أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه في اصلاحه وعمارته وتحصيصه يجوز
لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التخليك الى أحد
ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة أو للكنيسة ان ينفق
عليها في اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز في قول أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما لا يجوز وجملته الكلام في وصايا أهل الذمة انها لا تخلو اما ان كان الموصي به أمراً هو قر به عندنا
وعندهم أو كان أمراً هو قر به عندنا لا عندهم وأما ان كان أمراً هو قر به عندهم لا عندنا فان كان الموصي به شيئاً هو قر به
عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعق ارقاب أو بعمارة
المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعاً لان هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وان كان شيئاً هو قر به عندنا
وليس بقر به عندهم بان أوصى بأن يحج عنه أو أوصى ان يبني مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعاً لانهم
لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزل وان كان شيئاً هو قر به عندهم لا عندنا
بان أوصى بارض له ببنى بيعة أو كنيسة أو بيت ناراً أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو
للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وجه
قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصي لا تصح وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان
المعتبر في وصيتهم ما هو قر به عندهم لا ما هو قر به حقيقة لانهم ليسوا من أهل القر به الحقيقية ولهذا أوصى بما هو قر به
عندنا وليس بقر به عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل ان الاعتبار ما هو قر به عندهم وقد وجد
ولكننا أمرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بنى
الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثاً بين ورثته في قولهم جميعاً على اختلاف المذهبين أما على أصلهما
فظاهر لانه معصية وأما عنده فلا نه بمنزلة الوقف والمسلم لوجعل داراً وقفاً ان مات صارت ميراثاً كذا هذا فان
قيل لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة
لان المسجد صار خالصاً لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه
يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين
المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بغلة جاريتة ان تكون في شقة المسجد ومؤنثة

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتهاشىء أثقى ذلك في بناءه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتهاشىء في بناءه وعمارتها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشىء معين من ماله سوى رقبته العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشىء معين من ماله سوى رقبته العبد لا تصح الوصية لانه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشىء من رقبته بان أوصى له بثلاث رقبته جاز لان الوصية له بثلاث رقبته تملك ثلث رقبته منه وتملك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيسير ثلثه مدبرا في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لان التدبير يتجزأ عنده كالا اعتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلاث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقت الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم بنظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عرضا لا تصير قصاصا الا بالتراضى لا اختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبى حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالته فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدرا كها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلاث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لاحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبى حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبى يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطى أيهما شاء (وجه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة يمكن ازالته ألا ترى ان الموصى لوعين أحدهما حال حياته لنعين ثم ان محمد يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا هنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولا بى حنيفة ان الوصية تملك عند الموت فتستدعى كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصبح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوخ ولا يقام الوارث مقام الموصى في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصى له بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأنة لاحدهما عينها وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بارفعهما ارجل وبأخسهما الآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبى حنيفة وزفر رحمه الله اجتماعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتماعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شىء لهما وروى عن أبى يوسف انه بينهما نصفان اجتماعا ولم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما يبنى عن الحاجة وان كان فيه ما يبنى عن الحاجة فالوصية جائزة فلاهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تملك كالمهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالته لا يصح ثم اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصون محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى رأى القاضى وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا حلت الوصية فالأفضل للوصي أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله في واحد فإزاد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا إلا نصف الوصية وبيان هذه الجملة في مسائل اذا أوصى بثلاث ماله للمسلمين لم تصح لأن المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ما ينبي عن الحاجة فوكت الوصية تملك كمن مجهول فلم تصح ولو أوصى للفقراء المسلمين أو لمساكينهم حلت الوصية لانهم وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبي عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقرر بالي الله تبارك وتعالى طلبا لرضائه لا لرضا الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يتملكون بملك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى عز شأنه واحد معلوم ولهذا كان إيجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الأغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا لا يحصون واذا حلت الوصية فلوصف الوصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا منهم إلا نصف الثلث وجه قول محمد أن الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة إلا أنه أقام الدليل على أن اثنين في باب الوصية يقوم مقام الثلاث لأن الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن في استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة والاخوات يقوم مقام الثلاث في نقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب مأمكن ولهما ان هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي الزام المال حقه الله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لإيجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بإيجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى انما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله والله لا أزوج النساء وقوله ان كلمت بنى آدم أو ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقه الله تعالى عز وجل بل ملكه للموالى وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بنى فلان دون أغنيائهم وبنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يخصى فقرائهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما حلت الوصية للفقراء المسلمين مع كثرتهم فلان تصح لفقراء القبيلة أولى فان لم يقل لفقرائهم ولكنه أوصى لبنى فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان فلان أباقبيلة (واما) ان لم يكن أباقبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبى فلان فان كان أباقبيلة مثل تميم وأسد ووائل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الوصي تملك المال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الموصى به بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو أوصى لا غنياء بنى فلان وهم يحصون ويدخل فيه الذكور والاناث لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة الا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بنى تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بنى تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكر أو أنثى غنياً كان أو فقيراً لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبنى فلان موالى عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالى مواليتهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بنى فلان اذا كان فلان أباقبيلة هو القبيلة لأبناءه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتسبون اليهم والحلفاء والموالى

ينتسبون الى القبيلة وينتمون اليهم في العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفي رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال في جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذا الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا في الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بابي قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل في الوصية بنو بنيه والدليل على الفرق بين الفصلين أن زيدا لو اعتق عبد الله يقول المعتق أنا من بنى زيدا كان زيدا أباً خاصاً وان كان زيدا أباً لقبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيدا وهذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصبح الوصية لان الوصية وقعت لهم تملك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين انه لا يصح لجهة الملك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان اناسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليل وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكور ادخلوا في الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم انثى لا يدخل فيه واحدة منهم لان اللفظ لا يتناولن عند انفرادهن وان كانوا ذكوراً وانثى فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتي وذكر القدروري في شرحه مختصر السكرخي الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور والاناث ويتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولن حالة الاناث فادخلوا في الخطابات التي في القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعاً فكذا في الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكور حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولن حالة الاناث فكذا حالة الاجتماع وهكذا قول في خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قتلن يارسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولن لم يكن لشكايتهم معنى بخلاف ما اذا كان فلان أباً لقبيلة أو بطناً أو غزلاً لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الاعيان وانما يراد بها الانساب وهي أن يكون منسوباً الى القبيلة والبطن والفخذ والذكور والانثى في النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتي لا ذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب وبنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه في الحقيقة (وأما) بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازاً واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازاً فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية عند أبي حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاص عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كبناء البنين وسند كالمسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابناً لصلبه فالوصية لهما في قولهم جميعاً لان اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعداً فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس في الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف ويرد النصف الباقي الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه فالنصف لابنه والباقي رد على ورثة الموصي في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقي فلان ابنه والصحيح قول أبي حنيفة لأن اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والحجاز في زمان واحد وإذا صارت الحقيقة مرادة سقط الحجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والحجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لأن الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضعه والحجاز ما انتقل عن موضعه والنسبة الواحدة في زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً في محله ومتقلاً عن محله ولو كان له بنات وبنوان فلا شيء للفرقيين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما هو بينهما بالسوية لأن عند أبي حنيفة ولد الصلب إذا كان حياً يسقط معه ولد الولد غير أن ولد الصلب ههنا البنات على الافراد واسم البنين لا يتناول البنات على الافراد فلم تصح الوصية في الفرقيين جميعاً وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد إذا لم يجز أولاد الولد بالوصية ويتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالبن الواحد فيشترك كورهم وبناتهم ولو قال أوصيت بثلاث مالى لاخوة فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذي ذكرنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو لذكور دون الاناث وعند محمد رحمه الله هو بينهما بالسواء لا يزداد الذكر على الانثى والحجج على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والانثى سواء في قولهم جميعاً لأن الولد اسم للمولود وأنه يتناول الذكر والانثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لأن الوصية أخت الميراث لأن الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فان كان له بنات وبنوان فالوصية لبناته دون بنى ابنه لأن اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولا ولد الابن بحجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على الحجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وأناتهم لأنه تمذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالحجاز تصحيحاً للكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وذكر الخصاص عن محمد رحمهما الله ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير إذا أخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصارع عن محمد رحمه الله روايتان (وجه) رواية الخصاص أن الولد ينسب الى أبويه جميعاً لأنه ولد أبيه وولده حقيقته لا تخلفه من مائهما جميعاً ثم ولد ابنه ينسب اليه فكذلك ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنها الى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضي الله عنه ان ابني هذا لسيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفتيين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضي الله عنهما ان ابني لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام انه من بنى آدم وان كان لا ينسب اليه الا من قبل أمه ولا بنى حنيفة أن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى أب الام قال الشاعر

بنو بنو بناتنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(وأما) قوله ان الولد ينسب الى أبيه والى أمه قلنا نعم وبنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الاولاد في حقها كما تثبت في أولاد البنين الا أن النسب الى الامهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات الى آباء الامهات بواسطتهم ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضي الله تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم اليها فينسبون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة اليه عليه الصلاة والسلام تشریفاً وكراماً لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في هذا حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بنى بنت بنوهم الا أولاد فاطمة رضي الله تعالى عنها فانهم أولادى فان لم يكن له الا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكراً أو أنثى لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فزاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمد عن رجل له ابن وبنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني ثم مات الموصي فكيف يجعل للموصي له قال ذلك الى الورثة ان شاءوا اعطوه أقل الانصاء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضاً قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابني فقال يعطى الموصى له في هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد ابني وله ابن و بنت علم انه سمي الانثى ابناً لاجتماعها مع الذكرو فدخلت في الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبها واذا كان له بنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أخذ بنى يقع على الذكرو فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فاذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنات فالابن وحده لا يكون بنين والامر على ما ذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتباره حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكرو رالا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتامهم يحصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايقاعها تملكها منهم فصحت كما لو أوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار ويستوى فيها الغنى والفقير لان اليتيم في اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقير والغنى وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلاً تأكلها الصدقة قد سموا يتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت لجهة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة لغة لكنه ينبي عن سبب الحاجة وعمما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغير والا نفراد عن الاب أعظم أسباب الحاجة اذا الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستئناؤه ولا بقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستئناء وهو عاجز عن ذلك كله فيصير في الحكم كن تقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبثاً عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهماً من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسته وللرسول ولذي القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما آفأ الله على رسوله من أهل القربى لله وللرسول ولذي القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايضاً بالصدقة وكذلك اذا أوصى لبنى فلان أو لعميانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التملك بجهة الموصى لهم ولا بطريق الايضاء بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة ولا ما يوجب الحاجة وهما بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعداً جاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذى ذكرنا والا فضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلاث ماله لارامل بنى فلان جازت للوصية سواء كن يحصين أو لا يحصين أما اذا كن يحصين فلا يشكل فان الوصية وقعت تملكها منهن باعيانهن لكونهن معلومات وكذلك اذا كن لا يحصين لان في الاسم ما يدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغة فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها ولم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانبارى الارملة التى لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرمولون اذا فنى زادهم ومن فنى زاده كان محتاجاً فكان فى الاسم ما ينبي عن الحاجة فتقع وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهى يدخل فى هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعى رحمه الله يدخل فى كل من خرج من كرمه فلان ذكرنا أن كان أو أنثى واليه ذهب القتبى واحتج بقول جرير الشاعر

هذي الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن مجده وهومن كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كبار وينا عن الخليل والاصمعي وأقرانهم وقال الخليل يقال امرأة أرملة ولا يقال رجل أرمل الا في الميخ من الشعر وقال ابن الانباري رحمه الله لا يقال رجل أرمل الا في الشعر ونحو ذلك ولان الاسم لما كان مشتقاً من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم فالمرأة هي التي فني زادها بموت زوجها لان النفقة على الزوج لا على المرأة فاذا مات فقد فني زادهما وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الانباري أو لا زدواج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله سبحانه وتعالى وان عاقبتم فاعقبوا بمثل ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحني أنكح وأن تنأبني * مدا الدهر ما لم تنكحني أتأبني

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أبداً السكن أطلق عليه لآزدواج بقوله وأن تنأبني كذا ههنا واطلاق الاسم لا ينصرف الى ما لا يند كرا للضرورة تليح الشعر وازدواج الكلام أوفى الشذوذ لان مطلق الاسم ينصرف الى ما تنسارع اليه الافهام والاهام وذلك ما قلنا ولو أوصى لا يمي بنى فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس في لفظ الاسم ما ينبي عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لان الاسم في اللغة اسم لا امرأة جومعت في قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الايم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس في هذه المعاني ما ينبي عن الحاجة فلا يكون ايضاً بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين انها جائزة لان اسم الارملة ينبي عن الحاجة على ما بينا فجعل وصية بالصدقة ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لان الاسم في اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها في قبلها وفراقها زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامي منكم وانه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقير والغنا لانه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغفهم الله من فضله ولو كان متعرضاً لشيء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذي ذكرنا ان الأيم اسم لا امرأة جومعت في قبلها فارقها زوجها قول عامة المسلمين وقال أبو القاسم الصغار البلخي وأبو الحسن السرخي رحمه الله ان الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتج بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامي * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحني أنكح وان تنأبني * مدا الدهر ما لم تنكحني أتأبني

أى أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن جبارة ان شرها * عليك حرام فانكحن أو تأبنا

والجواب أن حقيقة النسبة ما حكينا عن قلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فيما وضعت له وما ورد في استعمال بعض الفصحاء معدولاً به عن تلك الحقائق فحمل على المجاز ما يطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعاني التي وضع لها الاسم والدليل على أن الانوثة أصل وانه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمعة ولو كان الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التأنيث في المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني ان ما ذكر محمد في صفة الايم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله التي جومعت بفجور لا تدخل في هذه الوصية لان التي جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً لأنها أيم حقيقة لوجود الجاهل الانها تزوج كما تزوج
الابكار عنده لمشاركتهما الابكار عنده في المعنى الذي أقيم فيه السكوت مقام الرضا نطقاً في حقها باعتبار السكوت
وهو الحياء على ما عرف في مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ياب من بنى فلان ان كن يحصين تحت الوصية لما ذكرنا
في المسائل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لم يكن لها زوج
بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ كذا ذكر محمد ويدخل فيه الفقيرة والغنية والصغيرة والكبيرة لان اللفظ لا يتعرض لذلك
وقال الله تبارك وتعالى يبايات وأبكاراً أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات بدل عليه انهن دخلن فيما
يقابلن وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكاراً فكذا في قوله تعالى يبايات فدل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات
بالابكار وهن اللاتي لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتي جومعن لتصبح المقابلة ولا تشتط مفارقتهن وجهاً بخلاف
الارملة لان اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لان هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة
وان ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق
بطريق المجاز للازدواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تحجز الوصية لانه ليس في الاسم ما ينبي عن الحاجة لما ذكرنا
أنه اسم لان من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس في الاوصاف المذكورة في الحديث ما ينبي عن الحاجة
فلا يراد بهذه الوصية الاتمليك والمتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لكل بكر من بنى فلان يجوز اذا كن محصوات
لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة الغنية والفقيرة اذا البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه
الله واطلاق هذا الاسم على الذكور في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الانثى
فصار بحال لا تنصرف أو هاهم الناس عند اطلاقه الى الانثى فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت
بالوضوء أو بالوثبة أو بذور الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف محمد رحمه الله قالوا ان هذه أيضاً
لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التي زالت
بكراتها فجوز لا تكون بكر أو لا تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقير أبو جعفر الهندي اني رحمه الله ان هذا
قولهما (فاما) عند أبي حنيفة رحمه الله فانها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف في انها لا تستحق الوصية
لانها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج الابكار عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا والله سبحانه
وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوي قرابته أو قرابته أولاً أو نسباً أولاً أو راحمة أو لذوي أراحمة هذه الالفاظ الخمسة
سواء عند أبي حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للأقرب فالأقرب فالأقرب فالحاصل ان عند أبي حنيفة عليه الرحمة يعتبر في هذه
الوصية خمسة أشياء الرحم المحرم والأقرب فالأقرب وجمع الوصية وهوانان فصاعداً وان يكون سوى الوالدين
والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل في هذه الوصية ذوالرحم المحرم والقريب والبعيد الى أقصى أب له
في الاسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بسيدنا على وبسيدنا العباس رضى الله
عنهما الى من فوقهما من الآباء ولا خلاف في اعتبار الاوصاف الثلاثة وهي اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والداً
ولا ولداً وان يكون ممن لا يرث (أما) الاول فلان لفظ ذوى لفظ جمع وأقل الجمع في باب الوصية اثنتان لان الوصية
أخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات الحقت بالثلاث فصاعداً في استحقاق الثلثين
وحجب الام من الثلث الى السدس على ما مر حتى لو أوصى لذوي قرابته استحق الواحد فصاعداً كل الوصية لان
ذى ليس بلفظ جمع وأما الثاني فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة أيضاً لان الاب أصل والولد
فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناول اسم القريب وقال الله سبحانه وتعالى الوصية
للوالدين والاقرب بين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واذا لم يدخل الوالد والولدي

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر في الزيادات انهم ما يدخلان ولم يذكر فيه خلافاً وذكر الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله انهما لا يدخلان وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيهما الوالد والولد كذا الجد وولد الولد (وأما) الثالث فلما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وإنما الخلاف في موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني أنه يعتبر الاقرب فالأقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجهه) قوله أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد الأقرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو وصى لاختوته أنه يدخل الاخت ولا اب وأم والاخت ولا اب والاخت ولا أم لكونه اسماً مشتقاً من الاخت كذا هذا والدليل عليه ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتكم الاقرب بين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشاً فخص وعلم فقال يا معشر قريش انظروا انفسكم من النار فاني لا أملاك لكم من الله عز شأنه ضراً ولا نفعاً يا معشر بني قصي انظروا انفسكم من النار فاني لا أملاك لكم من الله عز شأنه ضراً ولا نفعاً وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبني عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الاقرب والا بعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعدد ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بالا سلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولا أبي حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذى الرحم المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها وأما في غيرهما من الرحم غير المحرم فنقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركاً أو عاماً ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازاً بخلاف الوصية لا خوته لان ما خذ الاسم وهو الاخت لا يتفاوت فكان اسما عاماً فيتناول الكل وهما بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لذلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا وصى لاخته لان قرابة الاخت واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبي يوسف ومحمد رحمه الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريباً يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوماً فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقطع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه وإلى أولاد أمه وأولاد جدته وجمدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوماً فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابناً وعمين وخالين فالوصية للعمين لا للخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالأقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أرباعاً لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فلم ينصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصلت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقى النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثاً لا استواء الكل في الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوى الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصى عنده لان العم الواحد لا يستحق أكثر من النصف فبقى النصف الآخر لا مستحق له فبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذى الرحم الذي ليس بمحرم ولو وصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه بأقربهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الموصى لو كان علواً يدخل في هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا على رضي الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه ذكرا أو أنثى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آبائهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية لاهل بيته أبوه وجدته اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فلا باب أصل البيت فيدخل في الوصية ولا يدخل في الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد في اب وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبته فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو كان أباه على غير دينه دخلو في الوصية لان النسب عبارة عن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمي اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فثبت أن النسب والحسب يختص بالاب دون الام وكذلك اذا أوصى للجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه فكان المراد منه جنسه في النسب وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المولى عن أبي يوسف اذا أوصى لقرابته فالتقرب من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد في الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الام في هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة في قول أبي حنيفة وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمنه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيراً قد اعتزل عنه أو كان بنتاً قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه المالك ولا وارث الموصى ولا الموصى لاهله (وجه) قولهما أن الاهل عبارة عن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خيرا عن نبيه سيدنا نوح عليه الصلاة والسلام ان ابني من أهلي وقال تبارك وتعالى في قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجنياه وأهله ولا يحنيفة رحمه الله ان الاهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المالك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الإطلاق أولى ولا يدخل فلان الذي أوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل في الوصية كما لو أوصى لولد فلان ان فلان لا يدخل في الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلاث ماله لاخوته وله ست اخوة متفرقة وله اولاد بحوزة وميراثه فالثلاث بين اخوته سواء لانهم في استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لاقرباء فلان انه يصرف الى الاقرب فالأقرب عند أبي حنيفة لان القرابة تحتل التفاوت في القرب وانبعداً ما لاخوة فلا تحتل التفاوت ألا ترى انه يقال هذا أقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد بحوزة ميراثه فان لم يكن فلا شيء للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لا لهم ورثة ولا وصية لوارث ولا اخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلاث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم ولا اخوة لا ينبغي ان يصرف كل الثلث الى الاخوة للاب لانا نقول نعم هكذا لو لم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم وإلى الاخوة لا أم والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلاث ماله لثلاثة نهرقات اثنتان منهم قيل موت الموصى فلما بقي منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان وفلان وأحد هما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بحاصل للوصية أصلاً فلم يدخل تحت الاضافة قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بثلاث ماله في الصلوة وله اخوة واخوات وبنواخ وبنواخت يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة أشهر لان الصلوة يراد بها صلوة الرحم فكانه نص عليه ومن ولد منهم لاقل من ستة أشهر علم انه كان موجوداً يوم موت الموصى فيدخل في الوصية وذكر محمد رحمه

الله في الزيدات اذا أوصى بثلاث ماله لاختانه ثم مات فلاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والخالات
فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكروا نفي فهو أيضا
من أختانه ولا يكون الاختان إلا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون من
الاختان من كان من قبل نساء الموصى أى زوجته لأن من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس بنحس على ما ذكرنا
شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة وذكر محمد رحمه الله في الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختاني
فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت و بنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن
زوج ولزوجة كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثالث بينهم بالسوية الذكور والانثى فيه سواء أم الزوج
وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله في موضعين على ان الاختان ما ذكره وقول محمد حجة في
اللغة وقال في الاملاء اذا قال أوصيت بثلاث مالى لا صهارى فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه
وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه فهو لاء كلهم أوصاه ولا تدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا
امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة والدليل أيضا على ان الاختان ما ذكره وقول محمد حجة في
الصلاة والسلام لما أعتق صفية وتزوجها اعتق من ملك ذار رحم محرم منها اكرامها وكانوا يسمون اصهاره عليه
الصلاة والسلام وقال في الاملاء قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيرانى فهو لجيرانه الملائقين
لداره من السكان عبيدا كانوا وأحرار انساء كانوا ورجال اذمة كانوا ومسلمين بالسوية قر بت الابواب او بعدت
اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم أبو حنيفة رضى الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل
الحلة ممن يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهو لاء جيرانه في كلام الناس وقال في الزيدات عن أبى
حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبى حنيفة عليه الرحمة ينبغي ان يكون الثلث
للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تحب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار في تلك الدور وليس بساكن فيها
فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فاستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملائقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن
لا يملكها ولين يجمعهم مسجد تلك الحلة التي فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم السكان ممن في تلك الحلة وغيرهم سواء في
الوصية الاقربون والاعدون والكافر والمسلم والصبي والمرأة في ذلك سواء وليس للمالك والمديرين وأمهات
الاولاد في ذلك شئ (وأما) المسكتون فهم في الوصية اذا كانوا سكانا في الحلة (وجه) قوله ما ان اسم الجار كما يقع على
الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهم مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جاراً وقال عليه الصلاة والسلام
لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد (وروى) ان سيدنا علياً رضى الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد
واحد ولا يقصود الموصى من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولا في حنيفة رحمه
الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهي الاتصال بين المسكين بلا حائل بينهما هو حقيقة الجوار فامع الحائل
فلا يكون مجاوراً حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بمجاور حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على
الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه
أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من
السكنى في الملك الملاصق لملك الموصى فاذا وجد ذلك صار كانه جاره فيستحق الوصية والمذكور في الحديث جار
المسجد وجار المسجد فسر على رضى الله تعالى عنه فاذا أوصى لمولى فلان وهو أبو نخذ أو قبيلة أو لبني فلان فانه يصير
كانه قال لمولى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتسبين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف
بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولوقال نص هذا ثبت المال
للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتسبين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا هو المتعارف ما اذا لم يكن فلان أباً نخذ أو قبيلة

فان هناك لا يعرف بعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى الحجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف في انه اذا قال ثلث مالى لمولى فلان انه يدخل في الوصية جميع من نجز اعتاقه في صحته وفي مرضه وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من أعتقه في المرض أو في الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبي يوسف أنهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى أنهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكروه في الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية او ان الموت وهم مواليه في ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجه) ظاهر الرواية ان أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت او ان عتقهم فيعتقون في تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى عنده موته وهم في تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون في الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قل ان لم اضر بك فانت حر فانت قبل ان يضر به عتق ودخل في الوصية لانه عتق في آخر جزء من اجزاء حياته ليحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع الياس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب (وأما) الذي يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمسال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصبح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا حد لهما ليسا بمال في حق أحد ولا يجحد الميتة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصبح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمي لانها مال متقوم في حقهم كالخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عيناً او منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من حذمة العبد وسكنى الدار وظهر القرى وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصبح ولان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة اذا الاعارة تملك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أترى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تملك حال حياته بعقد الاعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها محتمل مالا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والحظر والجهالة ثم لما جاز تملكها ببعض العقود فلان يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فمنع وعقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفردت بالمنفعة بالتملك واذا لم يفرد الا باليمنوع والثاني مسلم وهنا أفرد بالتملك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتملك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعاً للملك الذات بل يصير مقصوداً بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتملك لكن في الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشيء للانتفاع في حال الحياة عادة فلا بعد الموت فينتفى العقد بالموت وأما الوصية فتتمليك بعد الموت فكان قصده تملك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتملك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكيل في حال حياته فمات الموكل بنزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصياً بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة لانها تملك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصبح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة فالوصى له ان ينتفع بالعين ماعاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي اوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لقوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت ديناً معجلاً له لا يصح الا في الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا في قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع فالموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ماعاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تملك المنفعة بغير عوض كالا عارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الا عارة بموت المستعير على ان المنافع بافراها لا تحتل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أمحانبارضى الله عنهم كاجارة فلان لا يحتتمل فيها هو تملكك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا اوصى بنقل داره أو ثمرة نخله فسات الموصى له وفي النخل ثمراً وكان يجب بما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين مملوكة الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثاً لورثته وفي المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى له لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية في المنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد يوماً والورثة يومين وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها مادام الموصى له حياً فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه اذا اوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرهما ولم يجرز الورثة ان الوصية باطله لان الوصية لم تصح في الثلثين والشيوع شائع في الثلثين والشيوع يؤثر في المنافع كافي الاجارة (وهذا) لا يفرع على أصل ابن أبي ليلى لان الوصية بالمنافع باطله على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبي حنيفة وعند أبي يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبي يوسف ان الملك مطلق للتصرف في الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير بها تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلق بالثلث لا غير فثلاث الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولا في حنيفة رضى الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كافي الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونهاه بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا في القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فيقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثاً لا يخدم العبد يوماً للموصى له ويومين للورثة فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها داراً يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها يثنان مكاناً لان التهاؤ بالمكان في الدار يمكن وفي العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلث لاجل خدمته ولا آخر فست الضرورة الى المهايئات زماناً وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر في العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثها على طريق المهايأة فإذا مضت تلك السنة أو ذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أو الشهر ولو أراد أن يكل ذلك من سنة أخرى أو من شهر آخر ليس له ذلك لأن الوصية أضيفت إلى تلك السنة أو ذلك الشهر لا إلى غيرهما ولوعين الشهر الذي هو فيه أو السنة التي هو فيها إن قال هذا الشهر أو هذه السنة ينظر إن مات بعد مضي ذلك الشهر أو تلك السنة بطلت وصيته لأن الوصية تفادها عند موته وقد مضى ذلك الشهر أو تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وإن مات قبل أن يمضي ذلك الشهر أو السنة فإن كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقي من الشهر أو السنة وإن كانت لا تخرج وليس له مال آخر في العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين إلى أن يمضي ذلك الشهر أو السنة وفي الدار يسكنها ثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لا نسان و برقبته لا آخر أو بسكنى داره لا نسان و برقبته لا آخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لأن المنفعة لما احتملت الأفراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة فيستوى فيها الأفراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتخليصها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فإذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك إذا أوصى برقبة بشجرة أو بستان لا نسان وبثمرته لا آخر أو برقبة أرض لرجل وبغلة لا آخر أو بأمة لرجل وبمافي بطنها لا آخر لأن الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الأفراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبق الأصل لنفسه وبين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا في الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجودا وقت كلام الوصية أو لم يكن موجودا عنده فالوصية جائزة إلا إذا كان في كلام الموصى ما يقتضي الوجود للحال فتصح الوصية بثلث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذلك تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بمافي بطن جاريته أو دابته وبالصوف على ظهر غنمه وبالبن في ضرعها وثمره بستانه وثمره أشجاره وإن لم يكن شيء من ذلك موجودا للحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فاما) في الثلث والعين المشار إليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر من الصوف والبن والولد حتى لو مات الموصى بطلت الوصية إذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته وأما في الوصية بالثمره فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطا ولا يشترط ذلك في الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل أن جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذي يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى في وصيته الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد وبعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بمافي البطن والضرع وبمافي الظهر فإن كان في بطنها ولد وفي ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والأفلا وفي بعضها أن ذكر لفظ الأبد يقع على الموجود والحادث وإن لم يذكر فإن كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وإن لم يكن موجودا فالقياس أن تبطل الوصية كما في الصوف والولد والبن وفي الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كالأبد وهذه الوصية بثمره البستان والشجر إنما كان كذلك لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الارث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة والحادث من الولد وأخواته لا يجري فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فإن له نظير في العقود وهو عقد المعاملة والجاره وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير في العقود وأما الوصية بثمره البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته أن ذكر الأبد لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فإذا ذكر الأبد يتناولها وإن لم يذكر الأبد فإن كان وقت موت

الموصى ثمة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما يحدث وتمطل الوصية وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشئ من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لان له نظير امن العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد ما لا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد لا يتناول الحادث وهما بخلافه ولو اوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم اوصى ببستان ثم اشترى ببستانا ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى انه لو اوصى له بعين البستان وليس في ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال اوصيت القلان بقلعة بستانى ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمة ان الوصية جائزة وذكر في الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله بستانى يقتضى وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح (والتصحيح) ما ذكره الكرخى لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو اوصى لرجل بثلاث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فسدت ولا غنم له فالوصية باطله وكذلك العروض كلها لان الوصية تملك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر في الاصل ان الوصية باطله لان قوله غنمى يقتضى غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا في البستان وعلى رواية الكرخى رحمه الله ينبغي ان يحجز لما ذكرنا في البستان وكذلك لو قال اوصيت له بشاة من غنمى أو بتقير من حنطى ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطله لما قلنا ولو لم يكن له غنم ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الرايتين اللتين ذكرناهما وبمثله لو قال شاة من مالى أو قفيز حنطة من مالى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة ويعطى قيمة الشاة لانه المأضاف الى المال وعين الشاة لا توجد فى المال علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهي قيمتها ولو اوصى بشاة ولم يقل من غنمى ولا من مالى مات وليس له غنم لم يذ كر هذا الفصل فى الكتاب واختلاف المشايخ فيه قال بعضهم لا يصح الوصية لان الشاة اسم للصوره والمعنى جميعا الا انها حملنا هذا الاسم على المعنى فى الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة فى ماله فالظاهر انه اراد به مالية الشاة تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر فى السير الكبير مسألة تؤيد هذا القول وهي ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلاه جارية من السبايا فان كان فى السبي جارية يعطى من قتل قتيلاه وان لم يكن فى السبي جارية يعطى شيئا ولو قال من قتل قتيلاه جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى من قتل قتيلاه قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعند ههنا الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر فى الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبدانها لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره فى الوصية بظهر الفرس (وجه) قولهما ان الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمتافع ولا بى حنيفة رضى الله عنه ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما ان تلزمه النفقة أولا فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبدلا للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لم يلزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد في الايعان وفي الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية يظهر فرسه للمساكين أوفى سبيل الله تبارك وتعالى فريضة مسألة الوقف أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه لو جعل فرسه للمساكين وقف في حال الحياة لا يجوز ولا يجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما لوجبه وقف في حال حياته جاز فكذا إذا أوصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوماً أو مجهولاً فالوصية جائزة لأن هذه جهالة تمكن من التهام من جهة الموصى مادام حياً ومن جهة ورثته بعد موته فاشبهت جهالة المقر به في حال الاقرار وانها لا تمنع صحة الاقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضاً وعلى هذا مسائل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التي فيها ضرب ابهام وبعضها يرجع الى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهي المسائل الحسابية وبيان هذه الجملة في مسائل منها ما إذا أوصى لرجل بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو ببطانة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فان بين في حياته شيئاً والأعطاء للورثة بعد موته ما شاؤا لان هذه الالفاظ تحتمل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حياً ومن ورثته اذا مات لانهم قاعون مقامه لو أوصى بالثلاث الاشياء أو بالقليل أو باليسير أو زهاء ألف أو جل هذه الالف أو عظم هذا الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة وما زاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ما شاؤا لان القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلاً أو بتمامه أكثر منه فيقتضي وجود الالف وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة بمجولة فيعطيه الورثة من الزيادة ما شاؤا والشئ في مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه الالف وعظم هذه الالف عبارات عن أكثر الالف وهو الزيادة على النصف وزهاء ألف عبارة عن القريب من الالف وأكثر الالف قريب من الالف ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزداد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما رحمهما الله ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على السدس عند أبي حنيفة وعندهما لا يزداد على الثلث فعلى رواية الاصل يجوز التقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز وبيان هذه الجملة اذا مات الموصى وترك زوجة وابناً للموصى له على رواية الاصل أخس سهام الورثة وهو الثمن ويزداد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لانه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخلاً وأم وألاب فلموصى له السدس عنده لان أخس سهام الورثة ربع ههنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما الربع لانه أقل سهام الورثة وانه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعهم وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو ماتت امرأة وترك زوجاً وابناً ولو ترك ابنتين فله السدس عنده وعندهما ثلث جميع المال وكذلك ان ترك ثلاث بنين فان ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزداد عليه سهم فيعطى أربعة إذا وان أقر بسهم من داره لانسان فله السدس عنده وعندهما البيان الى المقر وكذلك اذا أعتق سهماً من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق يجرز أعنده وعندهما لا يجرز (وجه) قوله ما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء لانه لا يسمى سهماً الا بعد القسمة فيقدر بواحد من انصباء الورثة والاقل متيقن فيقدر به الا اذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزداد الى الثلث لان الوصية لا جواز لها أكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولا بي حنيفة رضي الله عنه (ماروي) عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) ان الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجما وروي عن اياس بن معاوية رضي الله عنه انه قال السهم في كلام العرب السدس الا انه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه فان كان أقل منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه أراد به السدس ويحتمل انه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزداد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الادرهم أو بكر حنطة الادرهم أو بالاحتوم شعير جاز وهو يكافى وكذلك لو قال دارى هذه أو عبدى هذا الامة درهم جاز عن الثلث و بطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة ان استثناء المقدر من المقدر فى الجنس وخلاف الجنس بعد ان كان الاستثناء مقدر بعد ان كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده لا يصح الا فى الجنس وهى من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أوصيت لفلان مابين العشرة والعشرين أو مابين العشرة الى العشرين أو من العشرة الى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما وكذلك لو قال مابين المائة والمائتين أو مابين المائة الى المائتين أو من المائة الى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهما وهذا قول أبى حنيفة وعندهما له فى الاول عشرون وفى الثانى مائتان وعند زفر له ثمانية عشر فى الاول ومائة وثمانية وتسعون فى الثانى وأصل المسئلة ان الغائبين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبى حنيفة عليه الرحمة تدخل الاولى دون الثانية والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم فى عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الطلاق وبمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع فى عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجهه) الفرق بين المسائلتين على أصل أصحابنا الثلاثة ان الضرب يراد به تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة فى الطول والعرض وذلك يوجد فى الدار والدرهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسير أجزائها ومعنى قوله المكسرة أى المكسرة فى المساحة وهو ان يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو أوصى له بثوب سبعة فى أربعة فله يكافى وهو ثوب طول سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع لان مفهوم هذا اللفظ فى الثوب هذا فى نصرف اللفظ اليه ولو قال عبدى هذا وهذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه أيهما شاءا الماذكر ان الوارث يقوم مقام المورث فى جهالة يمكن ازاها ولو كان المورث حيا كان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقهاء فى ذلك ان الوصية تمليك بعد الموت والورثة تقوم مقامه فى التملك بخلاف ما اذا قال عبدى هذا وهذا حر ان البيان اليه لا الى الورثة وينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس بتمليك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك عليهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو أوصى له بمحنة فى جوالق فله الحنطة دون الجوالق لان الموصى به الحنطة دون الجوالق والجوالق ليس من توابع الحنطة ألا يرى لو باع الحنطة فى الجوالق لا يدخل فيه الجوالق وبيع الحنطة مع الجوالق ليس بمعتاد فلا يدخل فى الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروى فله الجراب وما فيه لان الجراب يعد تابعا لما فيه عادة حتى يدخل فى البيع فكذا فى الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدين من الخلل فله الدين والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله القوصرة وما فيها لان الدين يعد تابعا للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك فى عقد البيع كذا فى الوصية ولو أوصى له بالسيف فله السيف بحقه وحمايه (وقال) أبو يوسف له النصيب دون الجفن والحمايل فاصل أبى يوسف فى هذا الباب انه يعتبر الاتصال والافتصال فا كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا عنه لا يدخل والجفن والحمايل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاتصال فى العرف والعادة والجفن والحمايل يعدان تابعا للسيف عرفا وعادة ألا ترى انهما يدخلان فى البيع كذا فى الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرافدة والظفر والركابات واللبب فى ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل فى الوصية به وقال أبو يوسف له الدفتان والركبان واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرافدة ولا الظفر لانها منفصلة عن السرج ولو أوصى له بمصحف وله غلاف فله المصحف دون الغلاف فى قول أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنهما كذا ذكر القدرى عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبى يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل في الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بغلافه فلا يدخل وزفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل في الوصية ولو أوصى بيزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذي فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت (وقال) زفر إذا أوصى بيزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وإن أوصى له بشاهين فله التخت والصنجان (١) قابو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيئان منفصلان فلا يدخلان في الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما ان الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً لان اسم القبان يشمل هذه الجمل فيستوى فيها الاتصال والاتصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لان القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والثشي لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهي ما يقال لها بالعجمية خركاه فله القبة مع الكسوة وهي اللبودلانه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية ويعتبر في ذلك العرف والعادة ويختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان لانها اسم للكسوة في العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر في الاصل وذكر القندوري رحمه الله ان محمداً انما أجاب فيه على عادة زمانه لان في ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه في البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع نظروفه فيدخل في الوصية والتحويل في الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو في زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لانه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه في الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه أو ابنته لانسان فان كان له ابن أو ابنة لم يصح لان نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أو ابنة صححت الوصية لانها تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن أو ابنة وانها صحيحة لما ذكرنا أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو ابنة جازت لان مثل الشيء غيره لا عينه فليس في هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه ويزاد عليه بمثل فيعطى الموصى له ثمان كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أو أقل منه لا تحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فلموصى له نصف المال ولا ابنه النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضى ان يكون للابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا ابنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان اجازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فلموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهم أثلاثاً ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فلموصى له نصف المال ان اجازت لان نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان اجازت والا فالثلث وان كان له بنتان فلموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحد منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضاً الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان اجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فلموصى له ثلث المال لانه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فثل نصيبه يكون سهمها فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقي من الثلث بعد

النصيب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللوصى له الآخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية أما تخرج بها طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل نصيب أحد البنين لان مثل الشيء غيره فزاد عليه فيصير أربع ثم اضرب الاربع في ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية الاخرى وهى الوصية بثلاث ما يبق من الثلث بعد النصيب فيصير اثني عشر ثم طرح منها سهمها واحداً لان الوصية الثانية توجب النقصان في نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائع في كل المال فتتقص من كل ثلث سهمها ولا نك لولم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهمها من اثني عشر بقی احد عشر هو ثلث المال وثلاثة مثله وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذي كان وذلك سهم واحد واضربه في ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة كما ضربت أصل المال لا نك احتجت الى ضرب أصل المال في ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا ضربت ثلاثة في ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهمها كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبق من الثلث وذلك سهم يبق الى تمام الثلث سهمان ضمهما له بمثل النصيب ثم اثنان وعشرون فتصير أربع وعشرين لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله سبحانه وتعالى (وأما) تخرج بها على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عدد الوصية منه النصيب وهو سهم يبق وراءه عدله ثلث لاحتجك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلاث ما يبق من الثلث بعد النصيب وأقله أربع فاجعلت ثلث المال أربع فاعط للموصى له بالنصيب سهمان أربع فاعط للموصى له بثلاث ما بقی ثلث ما بقی وذلك سهم يبق سهمان ضمهما الى ثلث المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان أربع كان ثلثه مثليه وذلك ثمانية ومضى سهمت اثنين الى ثمانية صارت عشرة واحتجك الى ثلاثة أسهم لغير البنين الثلاثة لانك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهماً فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فرد في النصيب لانه ظهر ان هذا الخطأ ما جاء الامن قبل نقصان النصيب فظهر ان النصيب يجب ان يكون أربع من سهم فرد في النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهمهما ما بقی سهمان ضمهما الى ثلث المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر واحتجك الى ستة فظهر انك أخطأت في هذه الكثرة بزيادة ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم في النصيب سهم من سهام الخطأ فعملت انك سهماً زدت في النصيب سهماً ينتقص من سهام الخطأ نسهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطأ والباقي من سهام الخطأ ستة فالذي يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة أسهم من النصيب فرد في النصيب ستة أسهم فتصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهمها للموصى له الآخر يبق سهمان ضمهما الى ثلث المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربع وعشرين لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر أو الاكبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الاصغر أو الصغير فهي انه اذا تبين لك انك أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول في الخطأ الثاني والثلث الثاني في الخطأ الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فباقي فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني والخطأ الثاني في النصيب الاول ثم اطرح الاقل من الاكثر فباقي فهو النصيب واذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة الثلث الاول أربع والخطأ الثاني ستة فاضرب أربع في ستة فتصير أربع وعشرين والثلث الثاني خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة في سبعة فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربع وعشرين من خمسة وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني ستة فاضرب سهماً في ستة تكون ستة والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين في سبعة فتكون أربع وعشر واطرح الاقل وهو ستة

من الأكثر وهو أربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير أو الألبكر في أنه إذا ظهر لك الخطأ الأول فلا ترد في النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر في الخطأين واعمل ما عملت في طريقة الجامع الأصغر إذا عرفت هذا ففي هذه المسئلة ظهر الخطأ الأول سبعة فضعف ما وراء النصيب من الثلث وذلك بأن زيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب سهماً واعط بالوصية الأخرى ثلث الباقي وذلك سهمان يبقى أربعة ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك إلى ثلاثة فظهر الخطأ بخمسة عشر فإذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الأول وذلك أربعة عشر به في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثاني وذلك سبعة واضرب به في الخطأ الأول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين ثم اطرح الأقل وذلك تسعة وأربعون من الأكثر وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث وإن أردت معرفة النصيب فخذ النصيب الأول وذلك سهم واضرب به في الخطأ الثاني وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ النصيب الثاني وذلك سهم واضرب به في الخطأ الأول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فالقرضة من أحد ومخمس سهم للصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقي ثلثة ولكل ابن ثمانية (أما) تخرج المسئلة على طريق الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتقرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد عليه سهماً آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لأن مثل الشيء غيره فتصير ستة فاضربها في مخرج الثلث وذلك ثلاثة لاجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهماً واحداً لاجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث لأنه زاد في الوصية والزيادة في الوصية توجب نقصاً في نصيب الموصى له الأول وثلث ما يبقى من الثلث ثمانية لئلا نذكر أن شاء الله تعالى ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا الثلث سهم لذلك قلنا أنه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاً وذلك أربعة وثلاثون وجميع المال أحد وخمسون وثلث المال سبعة عشر وإذا أردت أن تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم انقص منها واحداً لاجل الموصى له كما نقصت في الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى إلى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بالنصيب ثلثاً وذلك ثلاثة فيبقى ستة ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين سهماً فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه سهماً وهو النصيب يبقى وراءه عدده ثلث حاجتك إلى إعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وأقله أربعة فاجعل ثلث المال أربعة فاقدم منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهماً والآخر ثلث ما بقي وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين أنك قد أخطأت بخمسة لأن حاجتك إلى خمسة لأنك قد أعطيت للموصى له بالنصيب سهماً فلا تحتاج إلا إلى خمسة فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة في النصيب لأن هذا الخطأ إنما جاء من قبل نقصان النصيب فزد في النصيب سهماً فتصير الثلث على خمسة فنقدمها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهمين سهمان ضمهما إلى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر بين البنين الخمس فيظهر أنك أخطأت بسهمين لأن حاجتك إلى عشرة وكان الخطأ الأول خمسة فذهب من سهام الخطأ ثلاثة فتبين أنك مهما زدت في النصيب سهماً تماماً يذهب من سهام الخطأ ثلاثة وأنت تحتاج إلى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهو سهمان وطريقه أن تزيد على النصيب ثلثي سهم حتى يذهب الخطأ كله لأن زيادة سهم تام إذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطأ

يعلم ضرورة أن زيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطأ فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان فصار النصيب سهمين وثلثي سهم وتعام الثلث وراءه ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثي سهم فانكسر فاضرب خمسة وثلثي في ثلاثة فتصير سبعة عشر لان خمسة في ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان في ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان مثلاً ذلك فتصير أحد وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلاثة فتصير ثمانية لان سهمين في ثلاثة ستة وثلثان في ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقى الى تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخرج على طريقة الجامع الاصغر وهو أنه اذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيئاً ولكن اضرب الثلث الاول في الخطأ الثاني والثلث الثاني في الخطأ الاول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فابق فهو ثلث المال والثلث الاول ههنا كان أربعة والخطأ الثاني كان سهمين فاضرب سهمين في أربعة فتصير ثمانية والثلث الثاني خمسة والخطأ الاول كان خمسة فاضرب خمسة في خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطرح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر فهو ثلث المال وهكذا اعمل في النصيب وهو أنك تضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني والنصيب الثاني في الخطأ الاول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فابق فهو النصيب والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني سهمان فسمهم في سهمين يكون سهمين والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول خمسة فاضرب سهمين في خمسة تكون عشرة ثم اطرح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ما ذكرنا واختار الحساب في الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين الآخر لانه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخرج على طريقة الجامع الاكبر فهو أنه اذا تبين لك الخطأ الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهماً وبثلث ما بقى سهمين يبقى أربعة ضمها الى ثلثي المال وهو أربعة عشر فيصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك الى خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ في الثلث الاول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الاول وهو خمسة في الثلث الثاني وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فتصير سبعة عشر وفي النصيب اعمل هكذا فاضرب النصيب الاول في الخطأ الثاني فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثاني في الخطأ الاول فتصير خمسة ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فابق فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولا آخر ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر وللوصى له ربع ما بقى من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (وأما) التخرج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهماً لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة في مخرج الربع وذلك أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً الماذكرنا فيبقى ثلاثة وعشرون فهو ثلث المال وثلثاه مثلاً ذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في أربعة ثم الاربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم اطرح منه سهماً يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى الى تمام الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد أحد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة فاعط بالنصيب سهماً يبقى أربعة فاعط ربع ما يبقى سهماً يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب
 فظهر أنك أخطأت بشمانية أسهم فزد في النصيب سهمًا فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وربع ما بقي
 سهمًا يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثي المال وهوانا عشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك
 الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ في هذه الكرة
 ثلاثة لان الخطأ الاول كان بشمانية وفي هذه الكرة بخمسة فبين أنك مهما زدت في النصيب سهمًا كاملاً يذهب
 من سهام الخطأ ثلاثة فزد ثلثي سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثي سهم
 ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثي سهم وانكسر بالاثلاث فاضرب بسبعة أسهم وثلثي سهم
 في ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلاثة مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة
 وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروباً في ثلاثة فيكون أحد عشر والباقي الى تمام الثلث اثنا عشر ثلاثة منها وهي ربع
 ما بقي من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من
 البنين أحد عشر والتخريج على طريقة الاصغر والا كبر على نحو ما بينا ولو وصى بمثل نصيب أحدكم ولا خير بخمس
 ما بقي من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس
 ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخريج على طريقة الحشوف على نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة
 وتزيعه عليها واحداً كما فعلت في المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين
 ثم انتقص منها واحد للمعنى الذي ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثلاه وذلك ثمانية
 وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضرب به في خمسة ثم
 اضرب خمسة في ثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير خمسة عشر ثم انتقص منها سهمًا فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب
 فأعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة
 يبقى هناك اثنا عشر ضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن
 أربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخريج على طريقة الخطأين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال
 عددًا لو أعطينا منه نصيبًا يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطي منها سهمًا بالنصيب وسهمًا بخمس ما بقي
 من الثلث بعد النصيب فيبقى وراءه أربعة ضمها الى ثلثي المال فتصير ستة عشر فبين أنك أخطأت بأحد عشر لان
 حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد في النصيب سهمًا فيصير الثلث
 سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقي سهمًا فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة
 عشر فتصير ثمانية عشر فبين أنك أخطأت في هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن
 سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج
 الى أن يذهب ما بقي من سهام الخطأ وهي ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثي سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم
 وثلثي سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثي سهم فاضرب هذه الجمل في ثلاثة فتصير تسعة
 وعشرين فهو ثلث المال وثلاثة مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة عشر وثلثان مضروب في ثلاثة
 فتصير أربعة عشر والباقي الى تمام الثلث خمسة عشر فخرج منها الخمس وضم الباقي الى ثلثي المال على ما علمناك
 وطريقنا الجامع الاصغر والا كبر على نحو ما ذكرنا ولو وصى بمثل نصيب أحدكم بالثلث ما بقي من الثلث بعد
 النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة
 الحشوف فأنت تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيعها واحدًا فتصير ستة ثم اضرب ستة في ثلاثة
 لقوله الا لثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهمًا لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

في نصيب الورثة وهي شائعة في كل المال فتر بد على كل ثلث سهم كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة من كل ثلث
سهما لان النقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا ولا استقامة الحساب وهما لا يستقيم الا بالزيادة فتراد فتصير تسعة عشر
فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب
فالنصيب كان واحدا فاضرب به في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لئلا ذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت
في الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال تسعة فاستثنى من النصيب مقدار ثلث ما بقى وهو
ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة بقی للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقى وهو تسعة وذلك اثنا
عشر الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى
له قبل الاستثناء واما طريقة الخطأين فهي أن تجعل الثلث على عدد لو اعطيت منه نصيبا بقی وراءه ثلاثة ولو استثنيت
من النصيب ثلث ما بقی بقی وراءه سهم وأقل ذلك أن تجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين
ثم استثنى منه مثل ثلث ما بقی وهو واحد وضمه الى ما بقی فتصير أربع فضعها الى ثلثي المال وهو عشرة أسهم فتصير
أربعة عشر سهما وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهما مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت
بزيادة أربع أسهم فرد في النصيب سهما فتصير ثلاثة ووراءه ثلاثة ثم استثنى منه سهما وضمه الى ما بقی فتصير أربع ثم
ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له
بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الأول كان باربعة فظهر أن زيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من
الخطأ فنعلم أن زيادة ثلاثة أسهم آخر يذهب ما بقى من الخطأ فرد لنا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقى
ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلاث
سهم مضروب في ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهي للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت
القرية من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما بقی من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما بقی من الثلث بعد
النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الاربع ما بقی من الثلث بعد النصيب فالقرية من خمسة وسبعين
النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربع عشرة (أما) طريقة الحشوفاذ كرنا أن تأخذ عدد البنين
وتزيد عليه سهما فتصير ستة ثم اضربه في مخرج الربع وذلك أربع فضعها أربع وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا
فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا المعرفة أصل
المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضرب به في أربعة لئلا ذكرنا فاقسم فتصير أربع فاضرب أربع في أربعة لئلا
فتصير اثني عشر فرد عليها واحدا لما ذكرنا أيضا فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب فبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة
وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة
الى اثني عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى
اثني عشر فتصير خمسة عشر ثم ضمها الى ثلثي المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد
ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطأين فهي أن تجعل ثلث المال عددا
اذا أعطيت منه النصيب بقی وراءه أربع واثنا عشر من النصيب مثل ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب بقی
وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثي المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقى وذلك
سهم وضمه الى ما بقى فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة
سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهما مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فرد
في النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما بقی وهو سهم وضمه الى
ما بقى وذلك أربع فضعها خمسة فضعها الى ثلثي المال وذلك أربع عشرة فتصير تسعة عشر فظهر أنك أخطأت في

هذه الكرة باربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت في النصيب سهما انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقي من سهام الخطأ أربعة وباربعة وانك تحتاج الى اذهابها فزد في النصيب قدر ما يذهب به وهو أربعة فزد في النصيب سهما وثلاث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فحصل النصيب أربعة أسهم وثلاث سهم وما بقي أربعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلاث سهم فاضربها في ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهي ثلث المال وثلاثة مثله وذلك خمسون وجملة خمسة وسبعون والنصيب أربعة أسهم وثلاث سهم مضروب في ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثني عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثي المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخرج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخرج بها على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فتصير أربعة ثم اضرب الاربعة في ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلاثة مثله وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضرب به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة لكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت في الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقي من الثلث فتصير أربعة فزد الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو أن تجعل ثلث المال عدد الأوصى بالنصيب شيئاً ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب يبقى في يد الموصى له شيء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لكان الاستثناء وضمه الى ما بقي من الثلث بعد النصيب فتصير أربعة ففيها فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر أنك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهما آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضعها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر أنك أخطأت في هذه الكرة بزائدة سبعة والخطأ الاول كان بزائدة ثمانية فتبين لك أن كل سهم زيد على الثلث يذهب سهما من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهما فصار أربعة فضعها الى ثلثي المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على ما بينا وهو أن لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضرب به في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك ستة واضرب به في الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأربعين ثم اطرأ الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واحد واضرب به في الخطأ الثاني وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهمان واضرب به في الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرأ الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا (وأما) طريقة الجامع الاكبر فهو أن تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثاني فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقى
سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهي فاضلة
عن الوصية وضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لا لك أعطيت بالنصيب
ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر أنك أخطأت بزادة سبعة عشر في طريقة الجامع الاكبر والخطأ الاول
في طريقة الخطأين كان بزادة ثمانية فخذ الثلث الاول في طريقة الخطأين وذلك خمسة وواحد في الخطأ الثاني
وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة وواحد في الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير
اثنتين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب
الاول من طريق الخطأين وذلك سهم وواحد في الخطأ الثاني من الجامع الاكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر
وخذ النصيب الثاني وذلك سهم من طريقة الجامع الاكبر وواحد في الخطأ الاول وذلك ثمانية بثمانية واطرح
الاقل من الاكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الاثلاث ما يبقى
من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الاثلاث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا في الفصل الاول
الآن في نحر يجبه ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشوف هو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتز يد عليه واحد
ثم تضر بهافي مخرج النصف وهو سهمان واثنا عشر بناه في سهمين والاول في ثلاثة لان مقصود الموصى ههنا أن
يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقى ولن يكون ذلك الا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا
استرجعت منه شيئاً يكون المسترجع ثلث ما بقى ومقصوده في المسألة الاولى أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل
الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك الا وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت شيئاً يكون
المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة في اثنين بلغ ثمانية ثم تز يد واحد فتصير تسعة فهذا ثلث المال وثلاثة مثلاً وهو
ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد وواحد في مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب
الثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان ثم زد عليه سهماً فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب
النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهماً فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال
فيصير واحد وعشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطأين فهي ان تجعل ثلث المال عدد الوأعطيت منه نصيباً
واسترجعت منه شيئاً يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة دفع للموصى له بالنصيب سهمين ثم استرجع
منه سهماً فضمه الى ما بقى وهي اثنان وما بقى وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية فتصير واحد
عشر وحاجتك الى ستة لا لك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزادة خمسة فرد في النصيب سهماً واعط
بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهماً وضمه الى ما بقى فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة
عشر وحاجتك الى تسعة لا لك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر أنك قد أخطأت بزادة أربعة فظهر أنك كسبت زدت
درهما يزول خطأ درهم فرد في الابتداء على النصيب قدر خطأ الاول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقي الى تمام الثلث بعد
النصيب سهمان فاسترجع منه سهماً وضمه مع الباقي الى ثلثي المال وهو ثمانية عشر فصار واحد وعشرين فاعط
لكل ابن سبعة وللموصى له ستة هذا اذا قيد قوله الاثلاث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق
بان قال الاثلاث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعني المهر وفيه بعلم الحساب من أصحاب
أبي حنيفة رضي الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الاول وهو ما اذا قال الاثلاث ما يبقى من الثلث بعد
النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثاني وهو ما اذا قال الاثلاث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول
العامة أنه لما قال أو وصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل
نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الاثلاث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقاً وذلك

يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب إلا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والأقل متيقن به في استخراجيه وفي استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلية تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف في أصول الفقه بل هو تكلم بالباقي بعد النيا فلم يدخل المستثنى في صدر الكلام لأنه دخل ثم خرج بالكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول إلا المستثنى منه والمستثنى يحتل الأقل والأكثر فلا يتناول اللفظ إلا القدر المتيقن به وهو الأقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخرجها على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتز يد عليه واحدا فيصير أربع فاضرب أربع في مخرج السهم المستثنى وهو أربع فتنصير ستة عشر ثم زد سهما فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلاثة مثله أربع وثلثون فجملة واحد وخمسون هذه المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهي أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به في مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك أربع فتصير اثني عشر ثم تز يد عليه سهما فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربع فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي فصار خمسة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فيبلغ تسعة وثلثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهوان تجعل ثلث المال ستة ليقتى بعد اعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يقتى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يقتى وذلك سهم وضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر أنك أخطأت بزيادة أحد عشر فرد في النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك أربع عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر أنك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزل خطأ سهم فرد على النصيب قدر الخطأ الأول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي وهي أربع فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربع وثلثون فتصير تسعة وثلثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخرج المسألة على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين خمسة وتز يد عليها واحدا فتصير ستة ثم تضرب ستة في مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والرابع وذلك اثنا عشر فتصير اثنين وسبعين ثم زيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلاثة مثله مائة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهوان تأخذ النصيب وذلك سهم وتضرب به في مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة في مخرج السهم المستثنى وذلك اثنا عشر فتصير ستة وثلثة ثم زيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها إلى ما بقي وهو ستة وثلثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فيبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع والموصى له اثنين وعشرين ولو قال إلا ثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخرجها على طريقة الحشوفهوان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحدا فتصير ستة ثم تضرب به في خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والرابع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلثين فهو الثلثان أربع وثلثون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد وارض به في ثلاثة ثم ثلاثة في خمسة فصار خمسة عشر

ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والرابع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصي له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولوترك خمسة بنين وقد أوصى بمثل نصيب أحد هم وثلث ما بقي من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلث ما يبقى من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يرد الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخرج على طريقة الخشوان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتريد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصي له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنين سبعة فتصير القرية من سبعة ثم اضربها في ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحد وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلث ما يبقى من الثلث لتخرج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة لان الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه في ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرح من الاول يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخرج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال سهما ما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فرد في ثلثي المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى سهم فزده الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لاني أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت في هذه الكرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهمين فاعلم ان كل سهم يزد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فيزاد انا عشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر وهو الثلث ثم الباقي الى آخره وأما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان تأخذ الثلث الاول وهو خمسة واضربه في الخطأ الثاني وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثاني وذلك سبعة وتضربه في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضربه في الخطأ الثاني وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ستة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى أربعة عشر فهو الثلث (وأما) على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضرب الثلث الاول بالنصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلث ما يبقى أربعة يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لاني أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثاني في الجامع الاكبر زيادة ثلاثة والخطأ الاول في الخطأين كان زيادة ستة فخذ الثلث الاول في الخطأين وذلك خمسة واضربه في الخطأ الثاني وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضربه في الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) في معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والاخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلاث ما يبقى والمسئلة بحالها فالقر بضعة من سبعة وخمسين والثلاث
تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلاث ما يبقى واحد (وتخر يجه) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة
ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير احدى وعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك
سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله في هذه المسئلة سهمين وفي المسئلة المتقدمة طرح أربعة
أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلاث ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهناك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه)
في معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة في ثلاثة فتصير
ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقي الى تمام ثلث المال ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى
ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان يرد الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين تقسم بين البنين لكل ابن ثمانية
(وأما) التخر يبع على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط
بثلث ما يبقى سهماً يبقى سهم ترد الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير اثني عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك
أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلاث ما يبقى سهمان
يبقى سهمان تضيف الى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك أخطأت في هذه
الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين زاد في الثلث تذهب من الخطأ سهمان فزد في
الثلث الاول أربعة عشر سهماً حتى يزول الخطأ كذا فاذادت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم
يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخر يبع) على طريقة الجامع الاصغر والا كبر على نحو ما بينا فاذامات رجل وترك
أماً وبنيتين وأمرأيتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لاخر فالقر بضعة
من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقي اثنان وللبنيتين اثنان وثلاثون وللأم ثمانية وللرأة ستة وللعصبة
سهمان هكذا خرجها محمد رحمه الله في الاصل ومشايخنا رحمهم الله خرجوها من نصف ما خرجها في الكتاب من غير
كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخر يبع ان أصل هذه القر بضعة من أربعة وعشرين لحاجتك الى
الثلث والثلثين والسادس فالمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنيتين الثلثان ستة عشر وللأم السدس أربعة أسهم وللعصبة
سهم فالبنيتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقيون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصارت في المعنى كان عدد
الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث
ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو ان تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهماً لاجل الوصية الاولى وتضربها في
ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثني عشر ثم اطرح منها سهماً لاجل الوصية الثانية فتصير ثلث المال احدى عشر وثلثاه
مثلاً وذلك اثنان وعشرون فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب في ثلاثة ثم في ثلاثة
فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد
فتصير تسعة وبقي الى تمام الثلث سهمان ضمها الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين للبنيتين
الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم أربعة أسهم وللرأة ثلاثة أسهم وللعصبة سهم
فخرجت المسئلة من نصف ما خرج في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنيتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد
النصيب فالقر بضعة من ستانة وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقي ستة عشر وطريق التخر يبع
ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهماً لاجل الوصية فتصير أربعة ثم اضرب أربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم
زد عليها سهماً تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم في ثلاثة ثم في
ثلاثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهماً فتصير عشرة ثم استثن منها سهماً مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقي فتصير أربعة ثم
ضم الاربعة الى ثلثي المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللأم السدس خمسة يبقى خمسة

بين المرأة والعصبة أرباعاً لأن حق المرأة في ثلاثة أسهم وحق العصبة في سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضىت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعاً وان لم ترض فاضرب أصل الحساب في أربع فتنكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ما خرجه محمد في الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى من الثلث فالقر يضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربع وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر وطرقة ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لأن السهام ثمانية فكانه أوصى بمثل نصيب أحدهم فزد عليه سهماً فتصير تسعة ثم اضر بها في ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهماً فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضر وب في ثلاثة ثم في ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهماً فيبقى ثمانية وثلث ما يبقى ستة فيبقى اثنا عشر ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أربع وعشرين للمرأة منها ثمانية وتبين انك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنيتين والعصبة لأنه يجب أن يكون للبنيتين ثلثاً وأربعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللام سدسها وليس لها سدس صحيح أيضاً غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما في وفق الآخر هو ثمانية وسبعون في ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثلاثين كما قال في الكتاب فكل من كان له سهم في الحساب الأول صار له ثلاثة في الحساب الثاني كان حق الموصى له في ثمانية فصار أربع وعشرون وحق البنيتين في اثنين وأربعين وثلثي درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الام في عشرة وثلثي درهم مضر وب في ثلاثة فيكون اثنان وثلثي وحق العصبة في درهمين وثلثي درهم مضر وب في ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فأوصى لأحدهم بكامل الربع بنصيبه ولا آخر بثلث ما يبقى من الثلث فاجاز والقر يضة من اثني عشر النصيب اثنان وتكلمة الربع سهم واحد وثلث ما يبقى من الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت ما بين نصيبه والربع سهم لانه لو لم يكن هنا وصية لاجنبي لكان له الربع والباقي بين البنين الاربعه أرباعاً فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقيه ربع وأقله ستة عشر فيعطي له ربع المال أربع وعشرون والباقي بين البنين الاربعه أرباعاً لكل ابن ثلاثة وله أربع فبين انه بهذه الوصية لا يستحق الاسهم فإذا أوصى لغيره بثلث ما يبقى من الثلث فخذ حساباً له ثلث وربع وأقله اثنا عشر فثلثه أربع وعشرون فاعط للموصى له بكامل الربع سهمان وللآخر سهمان لان ثلث ما يبقى من الثلث بعد كمال الربع سهمين اثنان ضمهما الى ثلثي المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) ان اذا أعطيتا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ما أصاب هؤلاء وسبب حان وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يحجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازه الوارث الذي هو من أهل الاجازة والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بجميع مالي فقال لا فقال فبثلثيه فقال لا فقال فبنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبثلثه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثيراً ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكففون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرناه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله في مرض موته الا في القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحاً تجوز في جميع ماله وان كان مريضاً لا تجوز الا في الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

لحال فيعتبر فيها حال العقد فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد في ماله فيجوز من جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز الا في قدر الثلث وكذا الاعتاق في مرض الموت والبيع والمحاباة قدر مالا يتغلب الناس فيه وبراء العريم والعقود من دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العقود من دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين في حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم في الهبة ولو اقر في مرضه بكفالة بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق في حق غرماء الصحة ويكون المكفول مع غرماء المرض سواء ولو كفل في صحته وازاد ذلك الى ما يستقبل بان قال للمكفول لك فلان ثم وجب له على فلان دين في حال مرض المكفيل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت في حال الصحة وعن ابراهيم النخعي رحمه الله فيمن اوصى لام ولده في حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو اوصى عند موته لها بوصية فهي لها من الثلث والاول محمول على ما اذا اعطاها شيئا في حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تمليك كما هي ليست من اهل الملك لانها مملوكة والثاني يجري على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهي عند الموت من اهل الملك لكونها حرة فكانت من اهل الوصية لها ولو اوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعي لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها في كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ في الزيادة لحقه والا فلانفسه للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا جازت باجازته فالموصي له يملك الزيادة من قبل الموصي لامن قبل الوارث فان زيادة جوازها جواز وصيته من الموصي لاجواز عطية من الوارث وهذا قول اصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية في مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فثبت ان التمليك منه (ولنا) ان الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدوره والتصرف من اهل في الحل وانما الامتناع المانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد زال المانع وينفذ بالنسب السابق لا بازالة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب في الحقيقة لا على الشرط لان الشرط كالحكم بشرط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف في اصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته في مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لانه يكون الاجازة منه تمليكا وإيجابا للملك لان الاجازة لا تنفي عن التمليك بل هي ازالته المانع عن وقوع التصرف تمليكا بسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصص المجيز منهم وبطلت بقدر انصاء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد في قدر حصته فتصرف كل واحد منهم في نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ انما تعتبر اجازته من أجاز اذا كان المجيز من اهل الاجازة بان كان بالغاً عاقلاً فان كان مجنوناً أو صبيلاً لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلاً بالغاً لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصي له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيزها ورثة المريض بعد موته وان كان أجنبياً تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصي ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا في حياته لم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعد موته وحال حياته واذا أجازوا في حياته فليس لهم ان يرجعوا بعد موته ولا خلاف في انهم اذا أجازوا بعد موته ليس لهم ان

يرجعوا بعد ذلك (وجهه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالا جازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الا ان علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الا ان الاله اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغواضا لانه لا تعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحصل له ان يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لا بطلان الحقيقة عند الموت فكان اعتبارهم من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو اوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد أو شئ آخر له فأجاز ذلك الرجل قبل موته أو بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصي له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصي صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازته الغير فوقع هبة من جهة ولا وصية من الموصي كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انها تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصي له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفة ملك نفسه فلا يفترق الى التسليم وانما يفترق الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسواء كان الموصي به جزأ مسمى كالثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا ماثارا اليها بان اوصى بعبد له او ثوب له انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه ويقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم وبيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا او اما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تملكت بالكل وامكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من التطوع و بناء المساجد واعتاق النسيمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمر و بكر و خالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة اجازت (فأما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا تخلو (أما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب او كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (أما) ان كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بمقدمه الموصي لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح البداية لان البداية دليل اهتمامه بمبدأه لان الانسان يبدأ بالام فالام عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصي في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجهه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية أولى لان النفس أنفس وأعز من المال فكان تفرق الى الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به أولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان أولى بالتقدم (وجهه) الرواية الاخرى أن الحج تمحض حق الله تعالى والزكاة تعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والقرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات منصوص عليها في الكتاب العزيز ولا نص في الكتاب على صدقة الفطر وإنما عرفت بالسنة المطهرة فكان المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداءة أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر تقدم على المنذور به لانها وجبت بإيجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بإيجاب العبد وقد تعلق وجوبه أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لان الفرائض لان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والقرض مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحده وجوب الوفاء بالنذر وفي كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لآن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلافه وتولوا هم معرضون فاعقبهم ثقافي قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفي وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند أبي حنيفة رضي الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعي رحمه الله والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصي انه قصد تقديمها على النافلة تحسبنا للظن بالمسلم الا انه تركه سبوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن في الوصايا بالقرب اعتناق منجز وهو الاعتناق في مرض الموت أو اعتناق معلق بالموت وهو التسدير فان كان تقدم ذلك لان الاعتناق بالمنجز والمعلق بالموت لا يحتل القسح فكان أقوى فيقدم (وأما) الوصية بالاعتناق فان كان اعتناق واجباً في كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفلة بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتناق يلحقها القسح كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتناق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتناق بالمنجز في المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقهما القسح فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم بآعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض للماتين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولز يد فان الثلث يقسم على أربعة أسهم سهم للموصي له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الاخرى فتفر لكل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى واجتماع وجهه الكريم فينبغي ان يضرب للموصي له بسهم والقرب بسهم فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وابتداء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوباً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى وبعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانها لا تخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها في الثلث لم تجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان تجاوزت فان لم تجاوز ان أوصى لانسان بثلث ماله ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فانهم يتضاربون في الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فرضه من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الاعناق المنجزة في المرض أو المعلق بالموت في المرض أو في الصحة وهو التسدير أو البيع بالحياة بما لا يتغابن الناس فيه في المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التي هي للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح ولم وجد لان الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم والاستواء في سبب الاستحقاق في مواضع الاستثناء لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والحياة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالثمن والوصية تبرع فكانت الحياة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والحياة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت الحياة قبل العتق يبدأ بالحياة والاستواء يهكذا روى المصنف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجهه) قولهما ان العتق أقوى من الحياة لانه لا يحتمل الفسخ والحياة تحتمل وفي باب الوصايا يقدم الأقوى فالأقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم في الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة في الذكر على العتق على ان التقديم في الذكر يعتبر ترجيحاً والترجيح انما يكون بعد الاستواء في ركن العلة والاستواء ههنا لما بيننا بطل الترجيح ولا في حنيفة رحمه الله ان الحياة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها وكان ينبغي ان يقدم على العتق تقدمت في الذكر أو تأخرت الا ان مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبتت لضرورة التعارض حالة التقدم على ما ذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لا يحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ من جهة الموصي فان من باع ماله بالحياة في مرض موته لا يملك فسخه كما لو أعتق عبده في مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستوى في عدم احتمال الفسخ من جهة الموصي وهو المعلق والبايع فاذا كانت البداية بالحياة ترجحت بالبداية لكون البداية بهادئيل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق الحياة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقيق بالعدم فبقى أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاخمة بين الحياة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالحياة تصرف يحتمل الفسخ في نفسه في الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والاقالة اذ هي فسخ في حق المتعاقدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فكانت الحياة محتملة للفسخ في الجملة والعتق لا يحتمله رأساً فكان أقوى من الحياة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنه) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضي ترجيحها على الحياة كما ذكرنا من تعلق الحياة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق فوقع التعارض فتزجح الحياة بالبداية واذ لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فثبتت المزاخمة وهذا أيضاً ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على الحياة اذ بدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنه) من قال تعلق الحياة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى في الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال الفسخ بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبد أمستغر قابالدين لا ينفذ وإن كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق إلا عند البداية وعلى الجملة تقر بزمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالأضافة إلى عقولنا مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال إذا أعتق ثم جاني ثم أعتق يقسم الثالث بين العتق الأول وبين المحاباة نصفين ثم ما أصاب العتق الأول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو جاني ثم أعتق ثم جاني يقسم الثالث بين المحابتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين كما إذا أعتق ثم جاني والله سبحانه وتعالى أعلم هذا إذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة فإن لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما اثلاثاً تسهما لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثاه مثلاً وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصي له ما بالثلث والسدس بينهما اثلاثاً وثلاثة وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلثان وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث سهماً وللوصي له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو وصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسألة من اثني عشر للموصي له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال أحد عشر من الثلث من ذلك سبعة للموصي له بالثلث والثلثان وهو أربعة عشر للورثة وإن أجازت الورثة فلموصى له بالثلث ما وصى له وهو أربعة عشر للموصي له بالربع ما وصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو وصى لرجل بالثلث ولا آخر بالربع ولا آخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسألة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهماً وذلك تسعة وثلثا المال مثلاً وذلك ثمانية عشر فيكون جملة سبعة وعشرين سهماً الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهماً وثمانية عشر سهماً الورثة هذا إذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فإن كان بأن أوصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بالنصف فإن أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصي له بالثلث والنصف للموصي له بالنصف أصل المسألة من ستة للموصي له بالثلث سهماً وللوصي له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وإن لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث سهماً وإن أوصى لرجل بالربع ماله ولا آخر بنصف ماله فإن أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصي له بالربع والنصف للموصي له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لأن المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال بإجازتهم وإن ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وإن نفذت ففي الثلث لا غير وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم للموصي له بالنصف أربعة وثلث للموصي له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة سهماً للموصي له بالربع لأن الموصي له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصي له بالربع يضرب بالربع فيحتلج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثاً بثلثين فيجعل وصيتهما على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاً وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد عشر وسبعة منها للموصي لهما أربعة للموصي له بالربع ثلاثة للموصي له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لأن الموصي له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصي له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهماً فالنصف يكون سهمين والربع سهماً فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم سهماً للموصي له بالنصف وسهم للموصي له بالربع وهذا بناء على أصل وهو أن الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى الإي خمس مواضع في العتق في المرض وفي الوصية بالعتق في المرض وفي الحباة في المرض وفي الوصية بالحباة وفي الوصية بالدرهم المرسله فانه يضرب في هذه المواضع بجميع وصية من غير اجازة الورثة وصورة ذلك في الوصية بالعتق اذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما بقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر الفان ولم يحز الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله ألف درهم فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته الفان فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة والثلث للذي قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة فان أجازت الورثة عتقا جميعاً وصورة ذلك في الحباة اذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالحباة وقيمة أحدهما مثلاً ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان بثمانية فبها حصلت الحباة لأحدهما بألف وللآخر بحسمائة وذلك كله وصية لأنها حصلت في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محابتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بحسمائة وصورة ذلك في الدرهم المرسله اذا أوصى لانسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضاً في الوصية بأقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك ان الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجهه) قولهما أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تذاً اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها في حق الضرب وانه يمكن اذلا ضرره على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولا في حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين وباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة إلا أنها وقعت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين انها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعني به استحقاقاً وتسمية وهي تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة في مخرجها وقولنا بيقين لانها لا تحتل النفاذ لال ألا يرى انه لو ظهر للميت مال آخر لفدت هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هناك ما وقعت باطلة بيقين بل تحتل التنفيذ في الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم يقع باطلة بيقين وهما بخلافه لانه وان ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين فان زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وان لم تكن الوصية باطلة بيقين لجواز أن يظهر له مال آخر فتنتفد تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكل القدر وبخلاف الوصية بالأقل من الثلث لان الوصية هناك وقعت صحيحة في مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسدس وكل ذلك محارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وانما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالردود عليهما جميعاً فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعاً فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقي بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد ايس هذا قول أبي حنيفة أن للموصى له ربع المال للموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخي رحمه الله انه ليس في هذه المسئلة نص رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وانما اختلفوا في قياس قوله والصحيح ان قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمه الله لانه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكره حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما لا من أصله فان من أصله اعتبار المنازعة في القسمة (وجهه) ههنا ان ما زاد على

الثالث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازع فيه أحد وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث فاستوت
منازعهما فيه اذ لا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لاحتنا
الى الثلث الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين في ثلاثة
فيصير ستة فيسلم ثلثها للموصى له بالجميع بلا منازعة وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيقسم بينهما فحصل
للموصى له بالجميع خمسة وللموصى له بالثلث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عند هاهنا ان كل واحد
منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة
أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة هذا اذا أجازت الورثة فان ردت
الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث يكون بينهما نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من
الثلث لا يضرب الا بالثلث اذ لم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله
تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت الوصايا في العين فان اجتمعت في عين مشار إليها
بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو وصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين
بين أصحاب الوصايا على عدد هم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذي حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان
وقعت القسمة لجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعدي هذا القلان ثم قال وقد أوصيت بعدي هذا القلان
آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عدد هما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف
العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به ثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل
واحد منهما بجميع وصيته ويتفق الجواب في تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد في هذه الصورة لكن
بناء على أصليين مخطفين وانما يظهر ثمة اختلاف الاصليين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له
عبد والقادر هم سوى ذلك فاوصى بالعبد لانسان ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فعند أبي
حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه ويضرب الموصى له
بالف درهم بالف فيقسمون بالثلث ارباعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما
بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذي ذكرنا فيما تقدم أن
الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية
وقعت لجميع العين الا انها لا تظهر في حق الاستحقاق فتظهر في حق الضرب كما في أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو
حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما في نصف العين فله ولاية الا بطل الا يرى ان
له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجميع يكون ضربا بوصية باطلة فكان باطلا
بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه وبخلاف أصحاب
العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت سبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته
الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما
نصفين خمسين للموصى له بجميع العبد وخمسين للموصى له بالثلث غير ان ما أصابه الموصى له بالجميع يكون في العبد
وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه في العبد وهو سدس ما بقي من العبد وهو عشر العبد
والبعض في الدراهم وهو خمس الاثنين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب
بسدس العبد وبخمس الاثنين على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه وصية
بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت في العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه
بلا منازعة والثلث ينازع فيه الموصى له بالثلث فيكون على الحساب من ثلاثة لاحتنا الى الثلث وأقل حساب يخرج

منه الثلث ثلاثة قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة فثلث الستة وهو أربع أسهم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيه أحد وثلاثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم وإذا صار العبد وقيمته الف على ستة يصير كل ألف من الدراهم على ستة فصار الألفان على اثني عشر للموصى له بالثلث منهما أربع أسهم فصار له خمسة أسهم أربع أسهم من الدراهم وسهم من العبد والموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها في العبد لانه لا وصية له في الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة أسهم فأجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون سهما فلكل ثلاثون سهما والعبد ثلث المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والألفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة وهو نصف العبد ووصية الموصى له بالثلث سهم وذلك خمس ما بقي من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرين سهما أربع أسهم وهو خمس الألفين على ما ذكره في الأصل فبقي من العبد أربع أسهم لا وصية فيها فادفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الألفين أربع أسهم وذلك أربع أسهم وحصل للموصى له بالعبد خمسة أسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصى له بالثلث أربع أسهم وذلك خمسه لانا جعلنا الألفين على عشرين سهما وأربع من عشرين خمسه وحصل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرين سهما وهي الثلثان ستة عشر سهما وذلك أربع أسهم من العبد وذلك خمسها وهذا أقول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربع أسهم وإذا صار العبد على أربع أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في الألف فصارت الألفان على ستة أسهم فالموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فبين ان وصيتهما ستة أسهم وصية صاحب العبد ثلاثة كلها في العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في الدراهم وسهم في العبد فأجعل ذلك ثلث المال وأجعل العبد ثلث المال وأجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقي سهمان فأصلان لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثني عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد والموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله في العبد والموصى له بالثلث سهم في العبد وذلك سدس العبد وسدس الألفين وهما سهمان من اثني عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولا آخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم وهذه المسئلة مبنية على مسئلتين احدهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بالثلث الا في مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول القسمة في هذه المسئلة على طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما نصف سهم فانكسر فنضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة فثلث الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وهو أربع أسهم والثلث وهو سهمان استوت

منازعتهم فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصي له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان في العبد الذي لا وصية فيه وسهم في العبد الذي فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لأن جميع المال اثناعشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب له إلا بالثلث فنظر ح من وصيته سهماً فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد عشر وماله عبدان فبين أن كل عبد على عشرة ونصف لأن كل عبد مقداره نصف المال فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه ويدفع إليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم في العبد فيدفع ذلك إليه ووصية صاحب العبد سهم واحد في العبد فيدفع ذلك إليه فبقي من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى ويؤخذ من العبد الذي لا وصية فيه سهمان ويدفع إلى الموصي له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع إلى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهي ثلث المال فحصل للموصي له بالعبد منها خمسة أسهم وللموصي له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهي ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع في العبد وصيتان وصية بجمعيه ووصية بثانته ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثانته وهو سهم فصار العبد على أربعة أسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على أربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لأنه لا حاجة إلى العول في ذلك العبد فسه من ذلك العبد للموصي له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذي فيه الوصية وسهم من العبد الذي لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاً وذلك عشرة والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد إليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث إليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك إلى الورثة ويدفع من العبد الآخر سهم إلى الموصي له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذي فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان أحدهما قبل الوجود والآخر بعد الوجود أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالقرائن والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب إليها ومستحبة في بعض الأحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد ينأ ذلك كله في صدر الكتاب وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا العقد غير لازم في حق الموصي حتى يملك الرجوع عند ما دام حياً لأن الوجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى كما في الهبة والصدقة إلا أن التدبير المطلق خاصة فإنه لازم لا يحتمل الرجوع أصلاً وإن كان وصية لأنه إيجاب يضاف إلى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لأنه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لأنه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيّد لا يحتمل الرجوع نصاً ولكنه يحتمله دلالة بالتعليك من غيره لأن العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصاً وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما الذي فهو أن يقول الموصي رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلاً وقد تكون قولاً وهو أن يفعل في الموصي به فعلاً يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبين هذه الجملة إذا فعل في الموصي به فعلاً لو فعله في المنصوب لا قطع به ملك المالك كان رجوعاً كما إذا وصى بشئ ثم قطعه وخطه قيصاً أو قبلاً أو بطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسيجه أو بحديدة ثم صنع منها ناء أو سيفاً أو سكيناً أو بفضة ثم صاغ منها حلماً ونحو ذلك لأن هذه الأفعال لما

أوجب بطلان حكم ثابت في الحل وهو الملك فلا نوجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أولى ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيئاً آخر معنى واسف فكان استهلاكها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع فصار كالشترى بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والا صل في اعتبار الدلالة إشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهو رجوع لان الخيارية في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطئه لم يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والا شهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قائمة تصلح لما كانت تصلح له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعاً لان هذه التصرفات وقعت صحيحة لمصادقته ما ملك نفسه فأوجب زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعين في غير ملكه ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا يصير موصى به لان بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فعصمه رجل ثم رده بعينه فالوصية على حالها لان العصب ليس فعل الموصى والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلك العاصب أو هلك فيده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا الوأوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعاً لان التدبير اعتناق من وجهه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا أن العوض متأخر الى وقت أداء البذل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتناق فكان رجوعاً ولو أوصى بعبد لانسان ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعاً وكانت الوصية لهما جميعاً لانه لا تنافي بين الوصيتين لان كل واحدة منهما تمليك الا أن احدهما تمليك بغير بدل والاخرى تمليك ببدل فيكون العبد بينهما نصفين للموصى له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان أو أوصى أولاً بالبيع ثم أوصى بالاعتاق كان رجوعاً لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين نفذتا جميعاً ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعاً لان الملك في باب الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تنفس فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم حصصها أو هدمها لم يكن شئ من ذلك رجوعاً لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به وتخصيص الدار ليس تصرفاً في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعروة والبناء بمنزلة الصفة فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشتري له عبداً بعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصى وانما ذكر الشراء للتوسل به الى ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشئ لانسان ثم أوصى به لا آخر فجعلته الكلام فيه انه اذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعاً وكان اشراك الوصية وبيان هذه الجملة اذا قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان ثم قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان آخر من تجوز له الوصية فالثالث بينهما نصفان وكذا لو قال أو وصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أو وصيت به لفلان آخر من تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال أو وصيت بثلاث مالى لفلان أو بعبدى هذا الفلان ثم قال الذى أو وصيت به لفلان أو العبد الذى أو وصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً عن الاولى وامضاء للثانية وانما كان كذلك لان الاصل في الوصية بشئ لانسان ثم الوصية به لا آخر هو الاشراك لان فيه عملاً بالوصيتين بقدر الامكان والا صل في تصرف العاقل صيانتاً عن الابطال ما مكن وفي الحمل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحمل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما أمكن وعند الاعادة وكون الثاني محلا للوصية لا يمكن الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثاني ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعا هذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها لفلان فهي لفلان وكذا اذا قال الوصية التي أوصيت بها لفلان قد أوصيتها لفلان أو فقد أوصيتها لفلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها لفلان فهذا يكون اشرا كالان الواو للشركة وللاجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من أهل الابطال والحل قابل للبطلان فبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام أو هي ربالا يكون رجوعا لان الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي كان هذا رجوعا عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان اجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث فقدت وصار الموصي به للموصي له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصي له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثا لورثة الموصي كالورجع صريحا ولو قال الوصية التي أوصيت بها لفلان فهي لعمر بن فلان وعمر وحى يوم قال الموصي هذه المقالة كان رجوعا عن وصيته لان الوصية لعمر وقعت صحيحة لانه كان حيا وقت كلام الوصية فيصح النقل اليه فيصح الرجوع ولو كان عمر وميتا يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما في ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمر وحيا يوم الوصية حتى سحت ثم مات عمر وقبل موت الموصي بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصي وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصي له ميتا فكان المال كله للورثة ولو قال الثلث الذي أوصيت به لفلان فهو لعقب عمر وفاذا عمر وحى ولكنه مات قبل موت الموصي فالثلث لعقبه وكان رجوعا عن وصية فلان لان قوله لعقب عمر وقع صحيحا اذا كان لعمر وعقب يوم موت الموصي لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فاما مات عمر وقبل موت الموصي فقد صار ولده عقبه اليوم فاذا ايجاب وهو يوم موت الموصي فصحت الوصية كما لو أوصى بثلاث ماله لولد فلان ولا ولده يومئذ ثم ولده ولد ثم مات الموصي ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمر وبعد موت عمر وقبل موت الموصي رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقباً لعمر وفثبت الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصي فلا يبطل الرجوع ولومات الموصي في حياة عمر وقال الثلث للموصي له لان الموصي قد مات ولم يثبت للموصي لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلا فبطل ما كان ثبت في ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الاصل انه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا قال المصنف عن أبي يوسف في نواذره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعا وذكر في الجامع اذا أوصى بثلاث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا اني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافا فيجوز أن يكون ما ذكر في الاصل قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان (وجهه) ما ذكر في الجامع أن الرجوع عن الوصية يستدعي سابقة وجود الوصية والجحد انكار وجودها أصلا فلا يتحقق فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعا ولهذا لم يكن جحد النكاح طلاقا ولان انكار الوصية بسد وجودها يكون كذباً محضاً فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالاقرار بالكذب حتى لو أقر بجارية لا تسيان كاذبا والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحمل وطؤها وكذا سائر الاقرار بالكاذبة انها باطلة في الحقيقة كذا الانكار الكاذب

(وجهه) ما ذكر في الاصل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالبعد السابق واثبت حكمه والجود في معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به واثبت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك ستبرأ فآخر الوصية فقال آخرتها فهذا ليس برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد نكرتها فهذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصية والتأخير لا يني عن الابطال والتارك يني عنه ألا يرى انه لو قال أخرت الدين كان تأجيله لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اوصى بثلاث ماله لرجل مسمى وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف وأقال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أباحنيفة رحمه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمي باطلا لا ينقض الوصية خطؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعا في الوصية (وهذا) قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه لما اوصى بثلاث ماله فقد أتي بوصية صحيحة لان صحة الوصية لا تقف على بيان مقدار الموصى به فوقت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلاث جميع المال ولا نه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور ويحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك في بطلان الوصية فلا تبطل مع الشك على الاصل المعمودان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال اوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة فاذا هي أكثر من مائة وهي تخرج من الثلث فالوصية جائزة في جميعها لما ذكرنا أنه اوصى بجميع غنمه ثم غلط في العدد قال ولو قال اوصيت له بغنمي وهي هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في القياس مثل ذلك ولكني أدع القياس في هذا وأجعل له الغنم التي تسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعين غير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال اوصيت له بثلاث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلث اسم للشائع والمعين غير الشائع فبلغت الاشارة فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال وهنا صحت وصية الاشارة وهي أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالشار اليه ولو قال قد اوصيت لفلان بريقي وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه اوصى بريقه كلهم ولكنه غلط في عددهم والغلط في العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو اوصى بثلاث ماله لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبني عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بأنهم سبعة غلطا فيلفو الغلط ويلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد اوصى بخمسة موجودين ولعدمين ومتى جمع بين موجود ومعدم واوصى لهما يلفو ذكر المعدم وتكون الوصية للموجود كما لو قال اوصيت بثلاث مالى لعمرو وخالد ابني فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحي منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبني فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال اوصيت بثلاث مالى لبني فلان وله ثلاث بنين أو ابنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان في هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنان بالثلاث في حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجاعة في باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث في هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصراف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد اوصيت بثلاث مالى لبني فلان وعمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو وكان جميع الثلث له لانه جعل عمرو وحماد ابدين عن قوله ابني فلان كما يقال جاءني أخوك عمرو والبديل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخذ بالثاني فكان المتبر هو الثاني والا اول يلفو كما اذا قلت جاءني أخوك زيد يصير كذلك قلت جاءني زيد واعتدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الأئمة من النحويين وهذا قول سيبويه وإذا كان كذلك صار الموصى معتمدا على قوله عمرو وحامد معرضا عن قوله ابني فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلاث مالى لعمرو وحامد وحامد ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحامد كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابني فلان يصلح ان يكون عطفا ببيان والمعتبر في عطف البيان المذكر أو لا والثاني يذكر لزالة الجهالة عن الاول كما في قول القائل جاءني أخوك زيد اذا كان في اخوته كثرة كان زيدا مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتسكنة في قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعمت وإذا كان المعتبر هو المذكر أو لا وهو قوله ابني فلان فاذا لم يكن لفلان الابن واحد وهو عمرو فينبى أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تملكه جميع الثلث وأنه أوصى بملكك جميع الثلث وفي الحمل على عطف البيان اثبات تملك النصف فكان ما قلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثاني معلوما كما في قول القائل جاءني أخوك زيد كان زيدا معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة وفي مسئلتنا الثاني غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلاث مالى فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبني فلان ثلاثة أربع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لماذا ذكرنا ان قوله وهم خمسة لنحو اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلاث مالى لبني فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أربع ابا الحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم أربع ابا لا يستواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلاث مالى فاذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبني فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بنى فلان فصحب الاصباء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها يمكن كالأوصى لا ولاد فلان وكما لو أوصى بثلاث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة وكذا الووصى لقيسيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار في تعيين الثلاثة من بنيه الى ورثة الموصى لانهم قائمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهمة فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم يتم الورثة مقامه لان هناك تحلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة في الانعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة فلان ولفلان ولفلان فاذا بنو فلان غير الذين سماهم ان الوصية جائزة لمن سمي لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وأنه ايضا صحيح ولو قال قد أوصيت بثلاث مالى لبني فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لماذا ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلاث ماله لثلاثة من بنى فلان ولفلان ابن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بنى فلان ولو أوصى لرجل بمائة ورجل آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة تقتضى التساوى وقد أضافها اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا تتحقق المساواة الا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل بار بمائة ولا آخر بمائتين ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لاختلاف الانصباء فيتحقق التساوى على سبيل الافراد تحقيقا يقتضى الشركة بقدر الامكان (وكذا) لو أوصى لاثنتين لكل واحد جارية ثم أشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لماذا ذكرنا

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لقلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر
 ثلث مالى لقلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن
 به بشبوت المتضمن فيعبر عنه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لقلان وصية سدس مالى لقلان فانه هو سدس
 واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثاني هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لا ضافته الى المال
 المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لقلان وبغصبه لقلان آخر
 وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان في كلام واحد متصل واما ان كانتا في كلام منفصل فان
 كانتا في كلام منفصل فالخاتمة للموصى له بالخاتم والقص للموصى له بالقص بخلاف وان كانتا في كلام منفصل
 فكذلك في قول أبي يوسف وقيل انه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً وقال محمد رحمه الله تعالى الخاتمة للموصى
 له بالخاتم والقص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تتناول الخاتمة والقص والوصية لآخر بالقص لم يبين ان القص
 لم يدخل واذا كان كذلك بقى القص داخل في الوصية بالخاتم واذا أوصى بالقص لآخر فقد اجتمع في القص وصيتان
 فيشتركان فيه ويسلم الخاتمة للاول ولا يبي يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول القص الذي فيه اما بطريق
 التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية
 لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالوصية لآخر يبين انه لم يتناول حيث جعله منصوباً عليه أو مقصوداً بالوصية
 فطلعت التبعية لان الثابت نصاً فوق الثابت ضمناً ونمعا والاصل في الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما
 اذا أوصى عبداً لاسان وبخدمته لآخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثاني لما قلنا كذا
 هذا وهذان ان هذا ليس بغير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد
 المسموم عمر وفيه فيصير كل فرد من أفراد منصوباً عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوباً
 عليه بذكر الخاتم الا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتماً كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انساناً فلم
 يكن هذا بغير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح في العام انه يحتمل التخصيص بدليل
 متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخاً لا محالة بل قد يكون نسخاً وقد يكون تخصيصاً على ما عرف في اصول
 الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الخاتمة والقص لكنه لا أوصى بالقص لآخر فقد رجع عن وصيته بالقص
 للاول والوصية عند غير لازم مدام الموصى حياً فتحتمل الرجوع الى ان يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به في
 البعض اولى فيجعل رجوعاً في الوصية بالقص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لقلان وبما في بطنها
 لآخر أو وصى بهذه الدار لقلان وبناتها لآخر أو وصى بهذه القوصرة لقلان وبالتمر الذي فيها لآخر ان كان
 موصولاً كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولاً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو أوصى بهذا
 العبد لقلان وبخدمته لقلان لآخر أو وصى بهذه الدار لقلان وبسكنائها لآخر او بهذه الشجرة لقلان وبثمراتها لآخر
 أو بهذه الشاة لقلان وبصوفها لآخر فلكل واحد منهما ما سمي له بخلاف سواء كان موصولاً أو مفصولاً لان اسم
 العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق
 التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت في العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا
 لم يفرّد التبعية بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو
 تحمل الوصية الثابتة رجوعاً عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمره والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبي
 يوسف في المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبعية في هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمة العبد لقلان ثم بالعبد لآخر
 أو أوصى سكنى هذه الدار لاسان ثم بالدار لآخر او بالتمر لاسان ثم بالشجرة لآخر فاذا ذكر موصولاً فلكل
 واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولاً فالاصل للموصى له بالاصل والتبعية بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع في التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا سجة
 محمد رحمه الله تعالى في المسئلة المتقدمة ولو اوصى بعبد له انسان ثم اوصى بخدمته لاخر ثم اوصى له بالعبد بعدما اوصى
 له بالخدمة او اوصى بخاتمه لا انسان ثم اوصى بفصله لاخر ثم اوصى له بالخاتم بعدما اوصى له بالقص او اوصى بحار يته
 لا انسان ثم اوصى بولده لاخر ثم اوصى له بالجارية بعدما اوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان ونصف
 العبد لهذا ونصفه للاخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذا في الجارية مع ولدها والخاتم مع القص
 لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع ويبطل حكم الوصية بالتبع باقراره وصار كأنه اوصى لكل واحد
 بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا في الاصل والتبع كذا هذا فان كان اوصى للثاني بنصف العبد قسم
 العبد بينهما أثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه لما اوصى له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف
 لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وقيت وصيته بالخدمة في النصف الآخر وذكر ابن سماعه ان ابا يوسف رجع
 عن هذا وقال اذا اوصى بالعبد لرجل واوصى بخدمته لاخر ثم اوصى برقبة العبد ايضاً لصاحب الخدمة فان العبد
 بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لا فراه بالوصية بالخدمة فوقع صحيحاً فلا تبطل بالوصية بالرقبة فصار الموصى
 له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الافراد فيستحق نصف الرقبة لمساواته صاحبه في الوصية بها وينفرد بالوصية
 بالخدمة وقال لو اوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لاخر بما في بطنها واوصى بها ايضاً للذي اوصى له بما في
 البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذي اوصى له به خاصة لا يشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا في استحقاق
 الرقبة واقرده صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لاخر فان البيت بينهما
 بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بمائة منها لاخر كان تسعة مائة لصاحب الف والمائة
 بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التي فيها بطريق الاصال لا بطريق التبعية وكذا اسم الف يتناول كل
 مائة منها بطريق الاصال وكان كل واحد منهما أصلاً في كونه موصى به فيكون بينهما وهذا ما لا خلاف فيه وانما
 الخلاف في كيفية القسمة فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند أبي يوسف على طريق المضاربة
 فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر في المائة ولصاحب الف عشرة أجزاء في جميع الف وكذلك
 الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لاخر كان البناء بينهما بالحصص لان البيت لا يسمى بيتاً بدون
 البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصال فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لا انسان
 وبنائها لاخر انهما لا يشتركان في البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار والبناء لاخر لان اسم الدار لا يتناول البناء
 بطريق الاصال بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة في اللغة والبناء فيها تابع بدليل انها تسمى داراً بعد زوال البناء
 فكان دخول البناء في الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبناء للثاني والله تعالى اعلم (واما)
 الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان أحدهما ان يتصل بالموصى به بحيث لا يمكن تسليم العين بدونها كما
 اذا اوصى بسوق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بالموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما
 فثبت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو اوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو اوصى ببطانة ثم
 بطن بها أو بظاهرة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالتقص ولا سبيل
 الى التكليف بالتقص لانه تصرف في ملك نفسه فجعل رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه
 المسائل من طريق الدلالة ايضاً لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعدد التسليم مضياً الى فصله
 وكان رجوعاً منه دلالة والثاني أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان
 كما اذا اوصى لا انسان بثمر هذا النخل ثم لم يمت هذا النخل ثم لم يمت الموصى حتى صار بسراً أو اوصى له بهذا البسر ثم صار رطباً أو
 اوصى بهذا العنب فصار زيباً أو بهذا السنبل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيراً أو بالحنطة المبذورة في

الارض فبنت وصارت بقاء أو بالبيضة فصارت فرخاً أو نحو ذلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما أوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هذا اذا تغير الموصى به قبل موت الموصى لانه صار شيئاً آخر زال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما اذا تغير بعد موته فخبره بذلك في بيان ما تبطل به ان شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هذا النخل فصار سراً فالغياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفي الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقي من وجه ألا يرى ان غاصباً لو غصب رطباً انسان فصار عمرافى به لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شاء أخذه ثم او ان شاء ضمنه رطباً مثل رطبه

فصل وأما بيان حكم الوصية فالوصية في الاصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال لحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك في كل واحد منهما أحكاماً اما ملك العين فخبره مطلقاً ملكه وحكم سائر الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعه لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتملك من غيره بيعاً وهبة ووصية لانه ملك سبب مطلق فيظهر في الاحكام كلها ويظهر في الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصى سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل موجب ملك الزيادة (وأما قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سبباً لثبوت الملك في الاصل وقت الموت لكونه مضافاً الى وقت الموت فصار سبباً عند الموت فاذا قلنت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشتري اذا ولدت في مدة الخيار ثم أجاز المشتري البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكان الزائد موصى به احق يعتبر خروجهما من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الى كلام سابق كانها كانت موجودة في ذلك الوقت وهل يكون موصى به بعد القبول قبل القسمة لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث ويكون في جميع المال كما حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم يكون لان ملك الاصل وان ثبت لکنه لم يتأكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا يخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقي ويستوى فيما ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل أو في معنى المتولدة كاولد والارث والعرق وما لم يكن متولداً من الاصل رأساً كالسكب والغلة فرقاً بين الوصية وبين البيع حيث الحق السكب والغلة بالمتولد في الوصية ولم يلحقهما في البيع والفرق ان السكب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصوداً كذا بدله بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوائد موصى به احق يعتبر خروجهما من الثلث فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وان كان لا يخرجان جميعاً من الثلث فعند أبي حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولاً من الثلث فان فضل من الثلث شئ يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص (وجه) قوله ان الزيادة ان صارت موصى به صارت كالموجود عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعاً كثيراً في الباب ان فيه تغير حكم العقد في الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كافي الزيادة المتصلة ولا في حنيفة رحمه الله تعالى ان القول باقسام الثلث على الاصل والزيادة اضرار بالموصى به من غير ضرره وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية في الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له و بعد الاقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة في الاعيان عيب خصوصاً في الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة الى إلحاق هذا الضرر لا مكان تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز فست الضرورة الى التنفيذ فهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لانها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصى ملكها الورثة والله تعالى اعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها مقصودا فيتملك بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك في المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية مؤقتة الى مدة تنتهي بانتهاء المدة ويعود ملك المنفعة الى الموصى له بالرقبة ان كان قد اوصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصى وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصى له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصى له بالرقبة ان كان هناك موصى له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصى وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا وعند الشافعي له ذلك (وجه) قوله ان الموصى له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره كذا هذا ولهذا يملك الاعارة كذا الاجارة (ولنا) ان الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التملك بعوض كملك الثابت للمستعير بالاعارة حتى لا يملك الاعارة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو اوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه اوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصى له في غير الكوفة فله أن يخرجهم الى أهلهم لخدمته هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهي الخدمة عند أهله فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بمحضرة هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجهم الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما في الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فإله لبائعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه اوصى له بخدمته شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبير الا أن منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الرهن لا على المرتهن لان منفعته للرهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين قدره وكذا انه ان يفتكه في أي وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة التماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة فاذا بلغ نفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا اوصى بغلة نخل أبر لرجل ولا آخر برقبته ولم تدرك أو لم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لا صلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها في حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عاما واحدا ثم حالت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفي الاستحسان عليه نفقتها لانها بعد اتمام حملها عاما لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعاً ونماء وكذا الاشجار لا يخرج الا في بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعاً ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة فكذا هذا فان لم ينق الموصى له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفي نفقته من ذلك الحمل وما يبق من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطرا لا صلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب

عليه وانما هو شئ يفتى به ولا يقضى ولو جنى العبد جناة فالقضاء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان القداء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمنا وصار كعبد الرهن اذا جنى جناة ان القداء على المرتين لانه هو المنتفع به بحبس في دينه أو يقال ان القداء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقه يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن نحكي حقه فافد وهم كذا يقال للمرتين في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للرهن فاذا فدى صاحب الخدمة فقد طهره عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدى يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأى شئ اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شك فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على ملك غيره وكذلك اذا أفى لانه يصير كالمرتضى منهم الرقبة فيتجدد الملك و يبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك بطلت وصيته لما قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا و يقال لصاحب الرقبة أدالى ورثته القداء الذى فدى لانه تبين ان القداء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما التزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصر وف اليه ومتى ظهر انه مصر وف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه تحمّل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء للملكة وهو مضطر فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من القداء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك القداء الى ورثة صاحب الخدمة ببيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبة فصار كسائر الديون ولو لم يحسن العبد ولكن قتل رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشتري بها عبد الخدم صاحب الخدمة لان البديل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتين وغرم القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشتري بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير والدرهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فبطل ويجوز استئناف عقد الوصية على الدرهم والدنانير فجاز ان تبقى عليها فيشتري بها عبد آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شر يكتن قتل عمدا انه لا ينفر دأ أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طالب أحدهما القصاص ولم يطلب الا آخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشتري به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقار رجل عينيه أو قطع يديه دفع اليه العبد وأخذ قيمته فحجها فاشترى بها عبدا مكانه لان في العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمنا فيضمن قيمته ويأخذه خراجا بضمنا ثم يفعل بالقيمة ما وصفتنا وهو ان يشتري بها عبد للخدمة (ولو) فقئت عينه أو قطعت يده أو شج خراجا بضمنا فان ذلك فهدا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان موضع فادى القاتل ارش ذلك فهدا على وجهين اما ان يشتري بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتري بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) اتفقا على ان يباع هذا العبد ويضم ثمنه الى ذلك الارش فاشترى بهما عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا على أحد هذين الشئين (وان) اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاها ويشتري بالارش عبد لخدمتهما حتى يقوم مقام الجزاء القاتل فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلاحا على ان يقسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقتضى القاضى شئى ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون للمالك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذي أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذي أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقي ألف درهم فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم والاصول ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا بها فينقص من وصية كل واحد منها مثل ربعها وينفذ في ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتيها وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فثلثا فينقص منه ربعها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينقص منه ربعها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية في ثلاثة أرباعها وذلك ثلثمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمسة وعشرون فيصير ستائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقي وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا المال فاستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية في ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته بخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهي تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذي كان يخدمه كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما للثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما سار كأنه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبيد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبد للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصاح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة بخدمه يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكان له أوصى بالتعليك لانه قطع حق الورثة في الوصية بالتعليك سواء (ولو) أوصى بالعبد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمته أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالرقاب الذي قبله (وهذا) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب في الحكم كأنه أوصى له برقبتي لان العبد الذي أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فادام مشغولا جعل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبي حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبدين ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذي أوصى له بالعبدين له نصف العبد في العبدين جميعا لان حقه في العبدين فيكون له من كل عبد ربعه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذي أوصى له بخدمته بخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما في الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبدين والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فاللوصى له بالرقاب سهمان في العبدين من كل رقبة سهم وللوصى له بالخدمة سهم في العبد الذي أوصى له بخدمته بخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما وللورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولو لم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لغالبان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة ذلك العبد بخدمة ثلاثة أيام ويخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث في العبد من الباقيين في كل واحد منهما خمس رقبته (وجه) ذلك ان الموصى له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا فصا ركانه أوصى بخدمة أحدهم لرجل ويثلث العبد من الآخرين لرجل فاجعل كل ثلث سهما فيضرب صاحب الرقبة بثلاث كل عبد وذلك سهما ويضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهما وفي كل عبد من العبد من سهم ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم في العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين لجميع ما حصل للموصى لهما خمسة أسهم سهما للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة وجميع ما حصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم في العبد من كل عبد أربعة أسهم من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلاث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين ووجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة لانه أوصى له بثلاث ماله بخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لا آخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا في المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلاث الرقاب ان الموصى له بالرقاب لا حق له في العبد الذي أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة في شيء وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال فذلك قلنا انه اذا اجتمع في العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما تقبضان فيجعل العبد على ستة أسهم أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهما استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم فصا ر لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخرين على اثني عشر فثلثها أربعة أسهم الى ستة فتصير عشرة فهذه جملة وصاياهم فاجعل هذا الثلث المال وثلثاه مثله عشرة وجميع المال ثلاثون فيقسم ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربعة أيام ويخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبد من الآخرين أربعة أسهم فتصير الوصية عشرة ستة في العبد الموصى بخدمته وأربعة أسهم في العبد من الباقيين وللورثة عشرة في كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فانهما يسلكان مسلك العول فالعبد الذي أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجمعه ووصية بثلاثة ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصا ر هذا العبد على أربعة فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخرين كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في ذلك فالثلث بينهما سهما وفيه أربعة فيصير ستة فاجعل هذا الثلث المال وثلثاه مثله اثنا عشر والجميع ثمانية عشرة فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللآخر يوما وللورثة يومين وللوصى له بالثلث من العبد من الآخرين سهما فصارت الوصية ستة أربعة أسهم في العبد الموصى له بخدمته وسهما في العبد من الورثة اثنا عشر سهما سهما في العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم في العبد من فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلتة لا آخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بالجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بالجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا ويستغله الا آخر شهرا لان العبد لا يمكن قسمته بالاجزاء فيقسم بالايام وطعامه في مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذي ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من يحصل له المنفعة وفي مدة الغلة على صاحب الغلة لان
 منفعة في تلك المدة تحصل له (وأما) انكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقى أكثر من
 هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام في كل وقت وهما فيه سواء فكانت
 الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قليل لهما فدياه لان منفعته لهما فيخاطبان به كما يخاطب به المهرن
 في العبد المهرن فان فدياه كانا على حالهما وان أيا الفداء فقد اد الوثة بطلت وصيتهما لانهما لما أيا الفداء فقد رضيا
 بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولا آخر بثلاث ماله ولا
 مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة
 اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته في كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له
 بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما الكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة
 فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت
 عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له
 بالغلة وقد بقي من الغلة شيء رد ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه
 بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قوله ما يقسم الثلث بينهما على أربعة صاحب الغلة يضرب
 بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة دار ولا آخر بعبد ولا آخر بثوب فهذه
 المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أولا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ
 كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا وان كانت
 لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجاز وافك ذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون
 وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزيادة على قول أبي حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت
 وصيته وقسم الثلث بين ما بقي منهم لما ذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكنها لآخر وبرقبته لآخر وخروى الثلث
 فهدمها رجل بدموت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبني مساكن كما كانت فتؤاجر أو يأخذ غلته صاحب
 الغلة ويسكنها الآخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار اقيام القيمة مقام الدار كما قلنا في العبد الموصى
 بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشتري بقيته عبدا آخر لخدمته وكذا البستان اذا أوصى
 بغلته لرجل وبرقبته لآخر فقطع رجل نخله أو شجره بغرم قيمتها فيشتري بها اشجارا مثلها فتغرس فاذا أوصى لرجل
 بثلاث ماله ولا آخر بغلة داره وقيمة الدار ألف درهم وله الف درهم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب
 الثلث نصف الثلث فيما بقي من المال والدار خمس ذلك في الدار وأربعة أخماسه في المال (ووجه) ذلك أن يقول
 ان الوصية بثلاث المال وصية بثلاث الغلة أيضا لان الغلة مال المثلث يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من
 ثلث ماله لان قيمة الدار ألف درهم وله الف درهم سوى ذلك فقد اجتمع في الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلاثها
 فيجعل الدار على ثلاثة فيقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد
 والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرناه
 يحبس جميع الدار لاجله واستوت منازعتهما في سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فاضرب سهمين في
 ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسلمت لصاحب الجميع
 وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما في سهمين فيقسم بينهما الكل واحد منهما سهم واذا صار الدار
 وهي الثلث على ستة والا فالفان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضمها الى ستة تصير تسع
 الوصايا عشرة وجملة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهما لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها في الدار

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أو أربعة أسهم في الالفين وسهم في الدار فهذا معنى قوله في الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لا نأجلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أربعة أخماسه في المال وخمس ذلك في الدار وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تنقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث وخارج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أربعة أسهم وإذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تهيئ ستة أسهم فلم وصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان فضم ذلك الى أربعة أسهم فيعبر ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فلم وصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أربعة أسهم من اثني عشر وذلك ثلث الثلث لا نأجلنا الثلث على ستة أسهم وأربعة أسهم من ستة ثلثه وهذا معنى قوله في الاصل وإن شئت قلت ثلثا ذلك في ثلث المال وقال أيضاً ثلاثة في الدار لا نك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول والموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كأنه لم يوص له بشيء وإنما وصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وإن استعملت الدار بطلت وصية صاحب الغلة وأخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد استحقاتها ولو لم يستحق ولكن انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيب فيها وبني صاحب الثلث نصيبه والورثة بهيهم لان ذلك مشترك بينهم فيبني كل واحد نصيبه وأيهم أي أن يبني لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الآخر أن يبني نصيبه من ذلك ويؤجره ويسكنه لان الذي امتنع من البناء رضي ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا كالسفل اذا كان لرجل وعوله لا آخر فانهدم ما وصى صاحب السفل أن يبني سفله أنه يقال لصاحب العلوان سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالسفل فامسه حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بناء العلو الا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلوان أن يبني سفله حتى يتمكن بناء العلو عليه فأما هنا فيمكن أن ينقسم عرصه الدار فيبني كل واحد منهم في نصيبه ولو وصى لرجل بسكنى داره أو بفلتها فادماها لرجل وأقام البيعة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجز شهادته الى نفسه متبها لانه لو قبلت شهادته لسألت له الوصية ولا شهادة تجار المنعم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بعتل خطأ لا قبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جاز المنعم الى نفسه فلا قبل ولو وصى لرجل بثلث غلة بستانه أبداً ولا مال له غيره فقامس الورثة بثلثان فأغل أحد الصبيين ولم يفسل الآخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطله لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة قبل ليس ملك له ما ظله والتمرة غير موجودة وإنما حدث بعد ذلك وقسمة المعدوم باطله وللورثة أن يبيعوا تلقى البستان فيكون المشتري شرك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثي البستان مشاعاً لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة يبيعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حياً فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا في مقدار نصيبهم وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو وصى بثلث بستانه الذي فيه رجل وأوصى له بثلثه أيضاً بستانه مات الموصى له ولا مال له غيره والغلة القائمة للحال ساوى مائة درهم والبستان ساوى ثلثمائة درهم فلم وصى له بثلث الغلة التي فيه وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل أبداً لانه وصى له هكذا فإنه أوصى له بالغلة القائمة للحال والغلة التي تحدث أبداً فيعترف كل واحد منهما لثله ولا يسلم اليه كل الغلة القائمة في الحال وإن كان خرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضاً بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل وإذا وصفت لك الوصية اني هذه الوصية زادت الوصية على الثلث ولو وصى به شرين درهمين من غلته كل سنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة بحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفي ذلك كله فلذلك جاز في ثلثه وبحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما إلى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة أشهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة إن لم يكن هناك وصى وينفق على كل واحد منهما كما سمي وكذلك الوصية بأشاق درهم ولا عبيرة بالأقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الأقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما ويوقف ثمنه وينفق على كل واحد منهما ما سمي له لانه أوصى لاهد هما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصي فان لم يكن له وصى فالقاضي يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالا شاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقي شيء من المال رد على ورثة الموصي لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة أشهر وعلى فلان وفلان خمسة بحبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين في النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما في الوصية فصار كأنه أوصى بان ينفق على فلان أربعة أشهر وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمنفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل ونصف غلته لآخر وهو ثلث ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز فيصير كأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لاستوائهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه ينقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان صاحب النصف لا يدعي الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر استوت منازعتهم فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لا يدعي أكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه ساهما لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهم فيهما فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذي له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمتها ألف درهم ولا آخر بقيمة عبده وقيمتها خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم في العبد ولصاحب البستان ستة أسهم في غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبي حنيفة رحمه الله ان الموصي له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يصرف ثمنها فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهم لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فأصاب صاحب البستان كان في البستان في غلته وما أصاب صاحب العبد كان في العبد وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو ألف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة أرضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر فتكون تلك الغلة له ولو كان فيها شجر اعطى ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمرا نصرفت الوصية الى ما يخرج منها لان الغلة في الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

في الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدرهم والدنانير وذلك هي الاجرة فان قيل اذ لم يكن في الارض شجر فينبغي ان يزرعها فيستوفى زرعا فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخراج بذرعه والموصى به غلة أرضه لا غلة بذرعه ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولا آخر برقتها وهي تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له في الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وأنه يقتضي النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أجاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ وبطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة في ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له في الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له في الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فأغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شيء انما له الغلة التي فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية بايجاب الملك عند الموت فتكون له الثمرة التي فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت الوصية لانه ملك المعلن بالشراء فاستغنى بملكه عن الوصية كمن استعار شيئا ثم اشتراه انه تبطل الاعارة وكن زوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيئا على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صلحوه منه على شيء جاز وبطل الوصية لان له حقا وقد أسقط حقه بمعرض فجاز كالتخلع والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالا عتاق والوصية بالانفاق والوصية بالغرب من الفرائض والواجبات والتوافل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو مريض أو مريض أنت حر بعد موتى أو قال دبرتك أو أنت مدبر أو ان مت من مرضي هذا أو في سفرى هذا فأنت حرة من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتناق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعد موتى أو بعد موتى من هذا المرض أو في هذا السفر ويعتق في ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ في زاد على الثلث الا باجازه الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالا عتاق فحكمها وجوب الاعتناق بعد موت الموصى ولا يعتق من غير اعتناق من الوارث أو الوصى أو القاضى والا صلح فيه ان كل عتق مأخر عن موت الموصى ولو بساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتناق كما اذا قال هو حر بعد موتى بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتناق ولا يمكن جعل الموصى معتقا بعد الموت فكان أمرا بالا عتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضى (وأما) الوصية باعتناق نسمة وهي ان يوصى بان يشتري رقبة فاعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشتري للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتناق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبي حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يخرج بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يخرج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قولهم ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضي التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظنا منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم يخرج الورثة تنفذها فيما دون ذلك كما في الوصية بالحج ولا يحنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعبد يشتري بمائة درهم فلو نفذنا الوصية في عبد يشتري بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد في الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بأنه يشتري بمائة والمشتري بدون المائة غير المشتري بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم يخرج ذلك الورثة لم يشتري به شيء والوصية باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله وسندهما يشتري بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالا نفاق على فلان وأوصى بالغرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى ويعتبر

ذلك كله من الثالث والله سبحانه وتعالى أعلم
 فصل ١٠ وأما بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبطلان الوصية بالضرورة (أما)
 النص فنحو ان يقول أطلت الوصية التي أوصيتها لفلان أو فسختها أو تمضيتها فتبطل الا للتدبير خاصة فانه لا يبطل
 بالتنصيص على الابطال مطلقا كان التدبير أو مقيدا الا ان المقيد منه يبطل منه بدلالة الابطال بالتعليك على ما ذكرنا
 وكذا اذا قال رجعت لان الرجوع عن الوصية ابطال لها في الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا
 في الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيها تقدم وتبطل بحجوز الموصي جنونا مطبعا لان
 الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقائه حكم الانشاء كالوكالة فتعتبر أهلية العقد الى وقت الموت كما تعتبر أهلية الامر
 في باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهر ا عند أبي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوكالة
 ولو أغشى عليه لا تبطل لان الاغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالاغماء وتبطل بموت الموصي له قبل موت
 الموصي لان العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقاؤه على غيره وتبطل بهلاك الموصي به اذا كان عينيا مشارا اليها بطلان
 محل الوصية أعني محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاءه بدون وجود محله أو بقاءه كالأوصى بهذه
 الجارية أو بهذه الشاة فهلكت الجارية وبطلت الوصية باستثناء كل الموصي به في كلام متصل يختلف فيه
 قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء للموصي له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله
 يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف في ان استثناء الكل من الكل في باب الاقرار باطل وبازم المقر جميع ما أقر
 به (وجه) قوله ان الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به والوصية تختم للرجوع فيحمل على الرجوع وهذا فارقت
 الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثناء
 ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت واستخراج
 بعض الجملة المفروضة ولا يوجد ذلك في استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور
 ذلك في الكلام المتصل ولهذا شرطنا جواز النسخ في الاحكام الشرعية ان يكون النص الناسخ متراخيا
 عن المنسوخ والله تعالى أعلم

كتاب القرض

الكلام فيه يقع في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو
 الايجاب والقبول والايجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشيء أو خذ هذا الشيء قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان
 يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما يجري هذا الجرى وهذا قول محمد رحمه الله وهو احدى
 الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أخرى ان الركن فيه الايجاب (وأما) القبول فليس بركن حتى
 لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى
 يحنث (وجه) هذه الرواية ان الاقراض اعادة لما ذكره والقبول ليس بركن في الاعارة (وجه) قول محمد ان الواجب
 في ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بماله مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما في البيع
 وروى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث
 هو الاستقراض وهو طلب القرض كالا ستيا في البيع وهو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض فوجد
 شرط الحنث فيحنث والله تعالى أعلم

فصل ١١ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفسه
 القرض (أما) الذي يرجع الى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا يملكه من لا يملك التبرع من الاب والوصي والصبي
 والعبد المأذون والمكاتب لان القرض للمال تبرع لا ترى له لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز
 الا لمن يجوز منه التبرع وهو لا يملكه من اهل التبرع فلا يملكه من القرض (وأما) الذي يرجع الى المقرض فانه

القبض لان القرض هو القطع في اللغة تسمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان مأخذاً لا سماً هليلاً على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون بماله مثل كالمكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة فلا يجوز قرض مالا مثل لمن المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى إيجاب رد القيمة لانه يؤدي الى المنازعة لا اختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بماله مثل ولا يجوز القرض في الخبز والوزن ولا عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز عدداً وما قاله هو القياس للفاوت فاحش بين خبز وخبز لا اختلاف المعجن والنضج والخفة والثقيل في وزن والخصر والكبر في العدد ولهذا يجوز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض والقرض أصيق منه ألا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يجوز السلم فيه فلان لا يجوز القرض أولى لان ان محمد رحمه الله استحسن في جوازه عدداً لأعرف الناس وعادتهم في ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه جوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر أو أكبر فقال لا بأس به ويجوز انقرض في الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوساً فكسدت فعليها مثلها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجنه) فوهما أن الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمننا وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض ربطاً فاقطع عن أيدي الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا هذا ولا يحنيفة ان رد المثل كان واجباً والقائم بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به ألا ترى انه يجوز استقرضه بعد الكساد ابتداءً وان خرج من كونه ثمناً فلا يجوز بقاء القرض فيه أولى لان البقاء أسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش لانها في حكم الفلوس وروى عن أبي يوسف انه أذكر استقرض الدراهم المكحلة والمزيفة وكردا فاقها وان كانت تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرورات العامة واذا نهى عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جيداً فآخذ منه مزيفة أو مكحلة أو زيوفاً نهرجة أو ستوقفة جاز في الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالخط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفعه وان يبين وقت الاتفاق لا بخلو عن ضرر العامة بالتلبس والتدليس قال أبو يوسف كل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة ولو استقرض دراهم تجارية فالتقي في بلد لا يقدر فيه على التجارة فإن كانت تنفق في ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انظر مكان الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذهاباً ورجوعاً واستوفى منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت ناقصة لم تغير بقيت في الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما في التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر به كمن عليه الداء اذا انقطع عن أيدي الناس انه يتخير صاحبه بين التبرص والانتظار لوقت الادراك وبين أخذ القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق في ذلك البلد فعليها قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجوز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه محاراً وأقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه الزيادة المفضلة لا يقابلها عوض والتحرر عن حقيقة الربا عن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة في القرض فما اذا كانت غير مشروطة فيه وليكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا سماً لزيادة مشروطة في العقد ولم يوجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا يخرج مسألة السفاح التي يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينفعه بالاسقاط خطير الطريق فتشبهه قرض جرحه فان قيل اليس انه روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالسكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفيجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً ثم تكون السفيجة وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابل به عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لم فيه الاجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط بخلاف الديون والثاني أن القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم في العواري والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أن لا يخلوا ما أن يسلك به مسلك المبادلة وهي تملك الشيء بمثلته أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل إلى الأول لا نه تملك العين بمثلته نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله في الحقيقة وجعل رد بدل العين بمثلته رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال بان يوصى بان يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

فصل وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف في النواذر لا يملك القرض بالقبض مالم يستهلك حتى لو أقرض كرامن طعام وقبضه المستقرض ثم أناه اشتري الكرا الذي عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى رواية أبي يوسف لا يجوز لأن المقرض باع المستقرض الكرا الذي عليه وليس عليه الكرا فكان هذا بيع المعدوم فلم يجوز كما لو باع الكرا الذي في هذا البيت وليس في البيت كرا وجاز في ظاهر الرواية لأنه باع ما في ذمته فصاعداً كما إذا باع الكرا الذي في البيت وفي البيت كرا وكذلك لو كان الكرا المقرض قائماً في يد المستقرض كان المستقرض بالخيار أن شاء دفع إليه هذا الكرا وإن شاء دفع إليه كرا آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكرا من المستقرض وأراد المستقرض أن يمنعه من ذلك ويعطيه كرا آخر مثله له ذلك في ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبي يوسف رحمه الله في النواذر أن لا خيار للمستقرض ويجبر على دفع ذلك الكرا إذا طالب به المقرض وعلى هذا فرغ ذكر في الجامع الكبير (وجه) رواية أبي يوسف أن الاقراض اعادة بدليل أنه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات وكذا لا يملكه الاب والوصي والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وإن كان مبادلة لبطل لأنه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لأن بيع المكيل يملك مثله في الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلائل أن الاقراض اعادة فبقى العين على حكم ملك المقرض (وجه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفسه القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بينا وهبة وصداقة وسائر التصرفات وإذا تصرف فهد تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا ما أخذ الاسم دليل عليه فإن القرض قطع في اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله اعادة والاعارة تملك المنفعة لا تملك العين فنعم لكن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة والمنفعة في باب الاعارة ملك بالقبض لأنها تبرع بتمليك المنفعة فكذلك ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب والحمد لله وحده

نص ما وجد في الاصل المطبوع عليه

وقع تمام النصف الاخير من كتاب البدائع في ترتيب الشرائع للكاساني تفعده الله تعالى بالرحمة والرضوان على مذهب الامام أبي حنيفة رضي الله عنه الحمد لله الذي وهب التوفيق لاتمام النصف من كتابه الحساب والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين إلى يوم الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنوب والتقصير الراجي رحمة الله الباري عبد الله بن المرحوم الحاج عبد الرحيم المدعو بالبقى غفر الله له ولوالده ولاخوانه في خمسة أيام خلت من ذي الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل : يصلح السلف . مصححه الفقير عبد الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمد المألوم (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالقلم وشكر المأسدى من جزيل النعماء وجليل العطايا والالاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم رقها على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فبين للناس ما نزل اليهم وأرشدهم الى ما يحب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأخمت الفصحاء فتبدلت بنور الهداية ظلمة الغواية سيدنا محمد الصادق الأمين القائل من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين وعلى آله حياة السنة وحمة الاسنة (وبعد) فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعية بعد كتاب الله تعالى والسنة النبوية اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيد بل الدررة اليتيمة القريدة . الكتاب الجليل والسفر الذى ليس له فى بابيه مثيل المسمى (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع) وتالله انه لكتاب كريم ومؤلف نجيم بل هوروضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق فاذالم تراهللال فسلم * لاناس رأوه بالا بصار

فلقد أتى فى أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسناء الغنى عن الاطراء والثناء وانى وان أكثر فيه مدائحى * فأكثر مما قلت ما أنا تارك

وكيف لا يكون كذلك ان لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده إمام البلغاء والفصحاء الملقب بملك العلماء الذى لا يدانيه فى ميدان التحقيق مدانى المولى المحقق علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف * جمع الطرائف والطائف يسعى لكعبة فضله * من كل فج كل طائف
وكان من نعم الله الجسام التى لا تحيط بوصفها الاقلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعى المشكور كل من ذوى الهمم العالية والاخلاق المرضية سعادة الانعم محمد أسعد باشا جابرى زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندى جابرى زاده بلغهم الله الحسنى وزاده وشاركهما فى هذا الصنيع الوجيه السيد أحمد ناجى الجالى والسيد محمد أمين الخانجى الكتبى وأخيه وفقهم الله الكريم المنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجليل والصنيع القائق الجليل (بالمطبعة الجالية العامرة ذات الاستعدادات التامة الباهرة الكائن مركزها بعطفة التتري بحارة الروم بمصر القاهرة ادارة محمد أمين الخانجى وشركائه -

وأحمد عارف * أسبغ الله على الجميع جزيل المنن

الطائف وذلك فى شهر شوال سنة ١٣٢٨

من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صفحة	
٣	كتاب آداب القاضي
٣	مطلب وأما من يصلح للقضاء
٣	فصل وأما من يفترض عليه قبول القضاء
٤	فصل وأما شرائط القضاء فأشياء أربعة
٩	فصل وأما آداب القضاء فكثيرة
١٤	فصل وأما ما ينقد من القضايا وما ينقض منها
١٥	فصل وأما ما يحل بالقضاء وما لا يحل
١٦	فصل وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء
١٦	فصل وأما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء
١٧	كتاب القسمة
١٧	فصل وأما بيان القسمة لغة وشرعا
١٨	فصل وأما شرائط جواز القسمة فأشياء
١٩	فصل وأما الذي يرجع إلى المقسوم له فأشياء
٢٤	فصل وأما الذي يرجع إلى المقسوم فواحد
٢٦	فصل وأما صفات القسمة فأشياء
٢٨	فصل وأما بيان حكم القسمة
٣٠	فصل وأما بيان ما يوجب نقض القسمة
٣١	فصل وأما قسمة المنافع
٣٢	فصل وأما بيان محل المهايئات
٣٢	فصل وأما صفة المهايئات فهي
٣٢	فصل وأما بيان ما يملك كل واحد منهما
٣٣	كتاب الحدود
٣٣	فصل وأما بيان أسباب وجوبها
٣٨	فصل وأما الإحصان فنوعان
٣٩	فصل وأما حد الشرب فسبب وجوبه
٣٩	فصل وأما شرائط وجوبها فأربعة
٤٠	فصل وأما حد القذف
٤٠	فصل وأما شرائط وجوبه فأشياء
٤٠	فصل وأما الذي يرجع إلى المقدوف فشيئان
٤٢	فصل وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فواحد
٤٢	فصل وأما الذي يرجع إلى المقدوف به فنوعان
٤٥	فصل وأما الذي يرجع إلى المقدوف فيه
٤٦	فصل وأما الذي يرجع إلى نفس القذف
٤٦	فصل وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي
٥٤	فصل وأما بيان من يملك الحكومة ومن لا يملكها
٥٥	فصل وأما صفات الحدود
٥٨	فصل وأما بيان مقدار الواجب منها
٥٨	فصل وأما شرائط جواز إقامتها
٦١	فصل وأما بيان ما يستعمل الحد بعد وجوبه فأشياء
٦٣	فصل وأما حكم الحدود
٦٣	فصل وأما التميز بالكلام فيه في مواضع
٦٣	فصل وأما شرط وجوبه فالعقل فقط
٦٤	فصل وأما قدر التميز
٦٤	فصل وأما صفته فله صفات
٦٥	فصل وأما بيان ما يظهر به
٦٥	كتاب السرقة
٦٥	فصل وأما ركن السرقة فهو
٦٦	فصل وأما شرائط بعضها يرجع إلى السارق
٦٧	فصل وأما ما يرجع إلى المسروق فأشياء
٨٠	فصل وأما الذي يرجع إلى المسروق منه فهو
٨٠	فصل وأما الذي يرجع إلى المسروق فيه
٨١	فصل وأما بيان ما يظهر به السرقة عند القاضي
٨٤	فصل وأما حكم السرقة فحكما
٩٠	كتاب قطع الطريق
٩٠	فصل وأما ركنه فهو الخروج على المارة
٩١	فصل وأما شرائطه فأشياء
٩١	فصل وأما الذي يرجع إلى المقتطوع عليه فنوعان
٩١	فصل وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فواحد
٩٢	فصل وأما الذي يرجع إلى المقتطوع له
٩٢	فصل وأما الذي يرجع إلى المقتطوع فيه فنوعان
٩٣	فصل وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي
٩٣	فصل وأما حكم قطع الطريق فله حكمان
٩٥	فصل وأما صفات هذا الحكم فأشياء

١٢٣	مطلب وأما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنائم وما لا يجوز.	٩٥	فصل وأما إقامة هذا الحكم فنقول الخ
١٢٤	مطلب وأما بيان من ينتفع بالغنائم	٩٦	فصل وأما بيان من يقيم هذا الحكم الخ
١٢٦	مطلب في بيان مقدار الاستحقاق وحال المستحق	٩٦	فصل وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه
١٢٧	فصل وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين الخ	٩٦	فصل وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب
١٢٨	مطلب وأما بيان كيفية الحكم الخ	٩٧	فصل وأما الحكم الذي يتعلق بالمال الخ
١٣٠	فصل وأما بيان الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين الخ	٩٧	كتاب السير في: وهو الجهاد
١٣١	فصل وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع	٩٨	فصل وأما بيان كيفية فرضية الجهاد
١٣٤	فصل وأما بيان أحكام المرتدين الخ	٩٨	فصل وأما بيان من يفترض عليه
١٣٩	فصل وأما حكم الولد المرتد الخ	٩٩	فصل وأما بيان ما يندب إليه الإمام عند السرية
١٤٠	فصل وأما بيان أحكام البغاة والكلام فيه	١٠٠	فصل وأما بيان ما يحب على الفرقة
١٤٢	كتاب الغصب	١٠١	فصل وأما بيان من يحل قتله ومن لا يحل
١٤٨	فصل وأما حكم الغصب فحكما	١٠٢	فصل وأما بيان من يسع تركه في دار الحرب ومن لا يسع
١٦٣	فصل وأما حكم الغاصب والمغصوب منه	١٠٢	فصل وأما بيان ما يكره حمله إلى دار الحرب وما لا يكره
١٦٤	فصل وأما مسائل التلّاف فالكلام فيها الخ	١٠٢	فصل وأما بيان ما يعترض من الأسباب المحرمة للقتال فأنواع ثلاثة
١٦٧	فصل وأما شرائط وجوب ضمان المتلف الخ	١٠٢	مطلب في أحد الأنواع الثلاثة وهو الإيمان
١٦٩	كتاب الحجر والحبس	١٠٤	مطلب وأما أحكام الإيمان فحكما
١٧٠	فصل في بيان حكم الحجر	١٠٦	مطلب وأما النوع الثاني وهو الأمان فنوعان أيضاً
١٧١	فصل في بيان ما يرفع الحجر	١٠٩	مطلب وأما حكم الموادعة فهو الخ
١٧٣	مطلب وأما الحبس فعلى نوعين	١١٠	مطلب وأما الأمان المؤبد فهو المسمى بمقدار الذمة وبيان الكلام فيه
١٧٤	فصل في بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع	١١٠	مطلب وأما شرائط ركز المعاهدة فأنواع
١٧٥	فصل وأما حبس العين بالدين فعلى نوعين	١١١	مطلب وأما بيان حكم العقد الخ
١٧٥	كتاب الإكراه	١١١	مطلب وأما حكم انحباب الصوامع الخ
١٧٥	فصل في بيان أنواع الإكراه	١١٢	مطلب وأما ما يسقط الجزية بعد الوجوب فأنواع
١٧٦	فصل وأما شرائط الإكراه فنوعان	١١٣	مطلب وأما ما يأخذ به أهل الذمة الخ
١٧٦	فصل وأما بيان ما يقع عليه الإكراه فنوعان	١١٤	مطلب وأما حكم أرض العرب الخ
١٩٠	فصل وأما بيان حكم عدل المسكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه	١١٤	فصل وأما بيان حكم الغنائم
١٩١	كتاب المأذون	١١٥	مطلب وأما حكم التنفيل فنوعان
١٩٣	فصل وأما شرائط ركز الأذن	١١٦	مطلب وأما التي فيها الخ
١٩٤	فصل وأما بيان ما يظهر به الأذن بالتجارة	١١٩	مطلب وأما الرقاب فالإمام فيها بين خيارات ثلاث
١٩٤	فصل وأما بيان ما يملكه المأذون من التصرف وما لا يملكه	١٢٠	مطلب وأما مفاداة الأسير فكذلك الخ
		١٢١	مطلب وأما بيان قسمة الغنائم فنوعان

مطلب وأما بيان أصل الواجب بهذه الجنائية	٢٦٦	مطلب وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف في	١٩٨
مطلب وأما صفة الواجب بهذه الجنائية	٢٦٨	المأذون وكسبه وما لا يملك	
مطلب وأما القتل الذي هو في معنى القتل الخطأ	٢٧١	فصل وأما بيان حكم الغرور في العبد المأذون	٢٠١
فروع		فصل وأما بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون	٢٠١
فصل وأما شرائط الوجوب النخ	٢٨٣	فصل وبيان سبب ظهور الدين شيئاً	٢٠٢
فصل وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجنائية	٢٨٥	فصل وأما بيان محل التعلق الخ	٢٠٣
فصل في القسامة	٢٨٦	فصل وأما بيان حكم التعلق الخ	٢٠٤
فصل وأما شرائط وجوب القسامة والدية فانواع	٢٨٧	فصل وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده	٢٠٦
مطلب وأما بيان سبب وجوب القسامة والدية	٢٩٠	فصل وأما حكم الحجر فهو الخ	٢٠٧
فنقول الخ		كتاب الاقرار	٢٠٧
فصل وأما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد	٢٩٤	مطلب وأما ركن الاقرار فنوعان	٢٠٧
وجوبهما ومن لا يدخل		فصل وأما القرينة المبنية على الاطلاق فهي الخ	٢١٢
فصل وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان	٢٩٥	فصل وأما الذي يدخل على وصف المقر به فهو الخ	٢١٥
فصل وأما الجنائية على ما دون النفس مطلقاً الخ	٢٩٦	فصل وأما شرائط الركن فانواع	٢٢٢
فصل وأما أحكام هذه الانواع الخ	٢٩٦	فصل وأما حق العبد فهو الخ	٢٢٣
فصل وأما الذي يجب فيه أرش مقدر	٣١٤	فصل وأما بيان محل تعلق الحق	٢٢٦
فصل ومما يلحق بمسائل التداخل	٣١٨	فصل وأما اقرار المريض	٢٢٦
فصل وأما الجنائية التي تتحملها العاقلة الخ	٣٢٢	فصل ولو أقر باستيفاء دين النخ	٢٢٧
فصل وأما الذي يجب فيه أرش غير مقدر	٣٢٣	فصل وأما اقرار المريض بالبراءة النخ	٢٢٨
فصل وأما الجنائية على ما هو نفس من نفس	٣٢٥	فصل وأما الاقرار بالنسب فنوعان	٢٢٨
كتاب الخنثى	٣٢٧	فصل وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده	٢٣٢
فصل في بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى	٣٢٧	كتاب الجنائيات	٢٣٣
فصل وأما حكم الخنثى المشكل	٣٢٨	فصل وأما كيفية وجوب القصاص فهو الخ	٢٤١
كتاب الوصايا	٣٣٠	فصل وأما بيان من يستحق القصاص	٢٤٢
فصل وأما ركن الوصية	٣٣١	فصل في بيان من يلى استيفاء القصاص بشرط	٢٤٣
فصل وأما بيان معنى الوصية	٣٣٣	جواز استيفائه	
فصل وأما شرائط الركن	٣٣٤	فصل في بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية	٢٤٥
مطلب وأما الذي يرجع الى الموصى فانواع	٣٣٤	الاستيفاء	
فصل وأما الذي يرجع الى الموصى له الخ	٣٣٥	فصل وأما بيان ما يستقط القصاص بعد وجوبه	٢٤٦
فصل وأما الذي يرجع الى الموصى به	٣٥٢	مطلب في وجوب الدية والكلام فيها	٢٥٢
فصل في حكم وجود الموصى به عند موت الموصى	٣٥٤	مطلب وأما بيان من تجب عليه الدية	٢٥٥
فصل وأما صفة هذا العقد فله صفتان النخ	٣٧٨	مطلب وأما بيان كيفية وجوب الدية	٢٥٦
فصل وأما بيان حكم الوصية فنوعان	٣٨٥	مطلب وأما بيان من تجب عليه ومن يتحملها	٢٥٨
فصل وأما بيان ما تبطل به الوصية	٣٩٤	مطلب في بيان أحكام جنائية العبد على الحر	٢٥٩
كتاب القرض	٣٩٤	مطلب في بيان ما يصير به المولى مختاراً للقاء وبيان	٢٦٣
فصل وأما شرائط فانواع	٣٩٤	حجة الاختيار	
فصل وأما حكم القرض	٣٩٦		

